

التَّكْمَلَةُ الثَّانِيَّةُ

المَجْمُوع

شَرْحُ الْمَهَذَّبِ

الجزء السادس عشر

الناشر

المكتبة السلفية

المدينة المنورة

كتاب العتق

(الشارح) الرق ظاهرة اجتماعية سادت في الأرض قبل الإسلام ، وتوغلت في حياة المجتمعات البشرية حتى صارت لا يقوم المجتمع قائمة إلا بوجوده لأن القوى العاملة في المجتمع التي تمثل عصب الانتاج وتحقيق المنجزات الاقتصادية من زراعة وعمرانية وصناعية كانت تقوم على أيدي الأرقاء ، وقد أدركت الدولة الرومانية أهمية هذه الفئة في حفظ كيان الدولة فحرمت على الأفراد في القانون الروماني أن يعتقوا عبيدهم ، وكانت تحكم بالسجن أو التعذيب أو فرض الرق على من يضبط متلبساً بجرمة عتق عبده ، وكانت مصادر الرق متنوعة فشعوب الأمم المغلوبة عسكرياً نُسرت للغالب من القواد والملوك الجبابرة ، والجنود توزع عليهم الأسلاب ومنهار رجال ونساء هذه الأمم المقهورة ، وكل إنسان يخطف من بلده ويفر به خاطفوه إلى أحيائهم ومضاربهم ونجوعهم يصير عبداً مسترقاً لحاطفيه لهم بيعه وهبته وتوارثه ويملكون حياته وموته وأبس له حرمة في تلك المجتمعات الجاهلية فارسية ورومانية وعربية وشرقية وغربية .

فلما جاء الإسلام وهو في منهجه الرصين سماوى الهداية ، وفي تغييره الجذري ثورى الوسيلة ، وفي تدوجه الرزين تربوى التعليم ، وفي نظراته لهذه الفئة رحيم السلوك ، راقى الاحساس ، رفيع الغاية ، جفف منابع الرق ، وبسر مضافيه ، وضيق مصادره ووسع موارده ، وقصره على الحروب وحدها وجعله بين المحاربين فقط لا يتجاوزه إلى الأمنين ممن لم يرفعوا سلاحيهم ، ثم نظم العلاقة بين السيد ومولاه حتى لينمى الحر منا أن يكون مولى لاحده هؤلاء النبلاء من حوارى النبوة وجنود الرسالة ، بل إن الإسلام حين جمل المرء لا يحيط عنه وزر القسم الحائث إلا بعنق رقبة ، ولا تنداح عنه معرة الظهار حين يجعل امرأة كظهر أمه إلا بعنق رقبة من قبل أن يتماسا ، وجعل في تعمد الطعام في الصوم إعتاق رقبة ، وجعل المؤمن الحق الذى اقتحم العقبة ، هو الذى يفك الرقاب العمانية ، ويطعم فى المسغبة المساكين الكادحة .

بل لقد جعل اللطمة على وجه العبد فكاً كالألم من الرق وجعل جزاء اللطمة عتقه فمن لم يفعل مسته النار .

ثم إن الإسلام جعل من عوامل تصفية الرق المكاتبه لقوله تعالى : فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً وآتوهم من مال الله الذي آتاكم ، لجعل للعبد الحق في أن يطالب من سيده شراء نفسه مكاتبته بنجوم وأقساط يؤديها من صنعيته أو عمله ، وعلى سيده أن يمنحه كل أسباب اليسر وإعطاؤه بعض المال ليكون بمثابة رأس مال له في الحياة يواجه به أعباء الاستقلال عن سيده ، ومن عوامل تصفيته التدبير : وهو أن يجعل رقه في حياته ثم يكون حراً بعد موته ، ومن أسباب تصفيته أيضاً تحريم ميراث أم الولد ، وهو تحرير أمه ولا ريب ، لذلك نزجى اليك فصول العتق والمكاتب والمدبر شاهدة على صدق هذه القضية التي سطناها لك في هذه الكايمه مجزئين بها عن الشرح والتعليق لنوفر مكاناً على الورق نبذله فيهما لم تتمطل أحكامه ، وسبحان ربك رب العزة عما يصفون وسلام على المرسلين والحمد لله رب العالمين .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

العتق قرينة مندوب إليه ، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من أعتق رقبة أعتق الله بكل عضو منها عضواً منه من النار حتى فرجه بفرجه ، ولا يصح إلا من مطلق التصرف في المال لأنه تصرف في المال كالبيع والهبة ، فإن أعتق الموقوف عليه العبد الموقوف لم يصح عتقه لأنه لا يملكه في أحد القولين ويملكه في الثاني إلا أنه يبطل به حق البطن الثاني فلم يصح ، وإن أعتق المريض عبداً وعليه دين يستغفره لم يصح لأن العتق في المرض وصيه فلم يصح مع الدين ، وإن أعتق العبد الجاني ، فعلى ما ذكرناه في العبد المرهون .

(فصل) وبصح بالصريح والكتابة وصريحه العتق والحريه لأنه ثبت لهما عرف الشرع وعرف اللفظ والكتابة كقوله : سيديك وخليتك وحملك على غاربك ولا سبيل لي عليك ولا سلطان لي عليك وأنت لله وأنت طالق وما أشبهها لأنها تحتل العتق فوقع بها العتق مع النية .

وفي قوله فيكسكت رقبتك وجهان (أحدهما) أنه صريح لأنه ورد به القرآن
قال الله سبحانه فك رقبة (والثاني) أنه كناية لأنه يستعمل في العتق وغيره ،
وان قال لأمته : أنت علي - كظهر أمي ونوى العتق فقيه وجهان . أحدهما : تعتق
لأنه لعظ يوجب تحريم الزوجة فكان كناية في العتق كسائر الطلاق . والثاني :
لا تعتق لأنه لا يزال المالك فلم يكن كناية في العتق بخلاف الطلاق .

(فصل) وان كان بين نفسين عبد فأعتق أحدهما نصيبه ، فان كان موسراً
قوم عليه نصيب شريكه وعتق ، لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله
عليه وسلم قال من أعتق شركاً له في عبد ، فإن كان معه ما يبلغ ثمن العبد قوم عليه
قيمة عدل وأعطى شركاه حصصهم وإلا فقد عتق منه ما عتق ورق منه مارق ،
وان كان بين مسلم وكافر عبد مسلم فأعتق الكافر حصته وهو موسر فالمصوص
أنه يقوم عليه ، فن أصحابنا من قال : إذا قلنا ان الكافر لا يملك العبد المسلم لم
يقوم عليه لان التقويم يوجب التملك .

ومنهم من قال : يقوم عليه قولاً واحداً لأنه تقويم متلف فاستوى فيه المسلم
والكافر كتقويم المتلفات ، ويخالف البيع لان القصد منه التملك وفي ذلك صغار
على الاسلام والقصد من التقويم العتق ولا صغار فيه ، فان كان نصف العبد
وقفاً ونصفه طلقاً فأعتق صاحب الطلق نصيبه لم يقوم عليه الوقف لان التقويم
يقتضي التملك والوقف لا يملك ، ولان الوقف لا يعتق بالمباشرة ولأن لا يعتق
بالتقويم أولى .

(فصل) وتجب قيمة النصيب عند العتق لأنه وقت الاتلاف ومتى يعتق
فيه ثلاثة أقوال .

أحدها : يعتق في الحال ، فإن كانت جارية فولدت كان الولد حراً ، لما روى
أبو المليح عن أبيه أن رجلاً أعتق شقصاً له من غلام فذكر ذلك للنبي صلى الله
عليه وسلم فقال ليس لله شريك ، وفي بعضها فأجاز عتقه .

والثاني : أنه يقع بدفع القيمة ، فان كان جارية فولدت كان نصف الولد حراً
ونصفه مملوكاً ، لما روى سالم عن أبيه يبلغ به النبي صلى الله عليه وسلم إذا كان

العبد بين اثنين فأعتق أحدهما نصيبه ، فإن كان موسراً يقوم عليه ولا وكس ولا شطط ثم يعتق ، ولأنه عتق بعوض فلا يتقدم على العوض ، كعتق المكاتب ، والثالث إنه مراعى فإن دفع العوض حكماً بأنه عتق في الحال وإن لم يدفع حكماً بأنه لم يعتق لأننا إذا أعتقناه في الحال أضررنا بالشريك في إتلاف ماله قبل أن يسلم له العوض ، وإن لم نعتقه أضررنا بالعبد في إبقاء أحكام الرق عليه ، فإذا قلنا إنه مراعى لم يكن على كل واحد منهما ضرر ، فإن دفع القيمة كان حكمه حكم القول الأول ، وإن لم يدفع كان حكمه حكم القول الثاني ، فإن بذل المعتق القيمة أجبرنا الشريك على قبضها ، وإن طلب الشريك أجبرنا المعتق على دفعها ، فإن أمسك الشريك عن الطلب والمعتق عن الدفع وقلنا إن العتق يقف على الدفع فللعبد أن يطالب المعتق بالدفع والشريك بالقبض ليصل إلى حقه ، فإن أمسك الجميع فلاحاكم أن يطالب بالدفع والقبض لما في العتق من حق الله تعالى ، فإن أعتق الشريك نصيبه قبل أخذ القيمة ففيه وجهان

(أحدهما) وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنه يعتق لأنه عتق صادف ملكه (والثاني) وهو المذهب أنه لا يعتق لأن العتق مستحق من جهة المعتق والولاء مستحق له فلا يجوز إبطاله عليه .

(فصل) وإن كان بين اثنين جارية فأحباها أحدهما ثبت حرمة الاستيلاء في نصيبه وفي نصيب الشريك الأقوال التي ذكرناها في العتق ، لأن الاستيلاء كالعتق في إيجاب الحرية فيكون كالاعتاق في النقوبم والسرايه

(فصل)

وان اختلاف المعتق والشريك في قيمة العبد والبينة متعذرة ، فإن قلنا أنه يسرى في الحال فالقول قول المعتق لأنه غارم لما استملكه فكان القول قوله ، كما لو اختلفا في قيمة ما أتلفه بالتجناية .

وإن قلنا لا يعتق إلا بدفع القيمة فالقول قول الشريك لأن نصيبه باق على ملكه فلا ينزع منه إلا بما يقر به كالمشترى في الشفعة . وإن ادعى الشريك أنه كان يحسن صنعة تزيد بها القيمة فأنكر المعتق ففيه طريقان : من أصحابنا من قال

هو كالاختلاف في القيمة ، وفيه قولان ومنهم من قال القول قول المعتق قولاً واحداً لأن الظاهر معه والشريك يدعى صنعه الأصل عدماً ؛ وإن ادعى المعتق عيباً في العبد ينقص به القيمة وأنكر الشريك ففيه طريقان أيضاً ، من أصحابنا من قال هو كالاختلاف في القيمة فيكون على قواين . ومنهم من قال القول قول الشريك قولاً واحداً ، لأن الظاهر معه ، والمعتق يدعى عيباً الأصل عدماً .

(فصل) وإن كان المعتق معسراً عتق نصيبه وبقي نصيب الشريك على الرق والدليل عليه حديث ابن عمر رضي الله عنه : وإلا فقد عتق منه ما عتق ورق منه مارق : ولأن تنفيذ العتق لدفع الضرر عن العبد ، فلو أعتقنا نصيب الشريك لا ضررنا به لانا نتلف ماله ولا يحصل له عوض ، والضرر لا يزال بالضرر ، ولهذا لو حضر الشفيع وهو معسر لم يأخذ بالشفعة لانه يزال الضرر بالضرر . وإن كان موسراً بقيمة البعض عتق منه بقدره ، لأن ما وجب بالاستهلاك إذا عجز عن بعضه وجب ما قدر عليه كبديل المتلف ، وإن كان معه قيمة الحصه وعليه دين يستغرق ما معه ، ففيه قولان ، بناء على القولين في الدين هل يمنع وجوب الزكاة ، فإن قلنا لا يمنع وجب عليه العتق ، وإن قلنا يمنع لم يجب العتق .

(فصل) وإن ملك عبداً فأعتق بعضه سرى إلى الباقي لانه موسر بالقدر الذي يسرى اليه فسرى اليه ، كما لو أعتق شركاً له في عبد وهو موسر

(فصل)

وإن أوصى بعتق شرك له في عبد فأعتق عنه لم يقوّم عليه نصيب شريكه ، وإن احتمله الثلث ، لانه بالموت زال ملكه فلا ينفذ إلا فيها استثناء بالوصيه ، وإن وصى بعتق نصيبه وبأن يعتق عنه نصيب شريكه والثلث يحتمله قوّم عليه وأعتق عنه الجميع ، لانه في الوصيه بالثلث كالحق ، فإذا قوم على الحق قوم على الميت بالوصيه .

(فصل) وإن كان عبد بين ثلاثة لأحدهم النصف والآخر الثلث وللثالث السدس فأعتق صاحب الثلث والسدس نصيبهما في وقت واحد وكنا موسرين قوم نصيب الشريك عليهما بالسوية ، لأن التقويم استحق بالسراية فقسط على عدد الرءوس كما لو اشترك اثنان في جراحة رجل لجرحه أحدهما جراحة والاخر جراحات .

(فصل) وإن كان له عبدان فأعتق أحدهما بعينه ثم أشكل أمر بان يتذكر فإن قال : أعتقت هذا قبل قوله لأنه أعرف بما قال فإن اتهمه الآخر حلف لجواز أن يكون كاذباً ، فإن نكل حلف الآخر وعتق العبدان أحدهما بإقراره والاخر بالنسكول واليمين ، وإن قال هذا بل هذا عتقا جميعاً لأنه صار راجعاً عن الأول مقرأ بالثاني ، فإن مات قبل أن يبين رجوع إلى قول الوارث ، لأن له طريقاً إلى معرفته ، فإن قال الوارث لا أعلم فالمنصوص أنه يقرع بينهما لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر فرجم إلى القرعة ، ومن أصحابنا من خرج فيه قولاً آخر أنه يوقف إلى أن ينكشف لأن القرعة تفضي إلى أن يرق من أعتقه وبعث من أرق فوجب أن يوقف إلى أن يتبين والأول هو الصحيح ؛ لأن البيان قد فات والوقوف يضر بالوارث في رقيقه وبالحر في حق نفسه .

(فصل) وإن أعتق عبداً من أعبد أخذ بتعيينه وله أن يعين من شاء ، فإن قال : هو سالم بل غانم عتق سالم ولم يعتق غانم لأنه تخير لتعيين عتق فإذا عينه في واحد سقط خياره في الثاني ، ويخالف القسم قبله لأن ذلك أخبار لا خيار له فيه فلم يسقط حكم خبره ، فإن مات قبل أن يعين ففيه وجهان . أحدهما : لا يقوم الوارث مقامه في التعيين كما لا يقوم مقامه في تعيين الطلاق في إحدى المراتين فعلى هذا يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة عتق . والثاني : يقوم مقامه وهو الصحيح لأنه خيار ثابت يتعاق بالمال فقام الوارث فيه مقامه كخيار الشفعة والرد بالعيب .

(فصل) ومن ملك أحد الوالدين وان علوا أو أحد المولودين وان سفلوا

عتقوا عليه لقوله تعالى : تكاد السموات يتفطرن منه وتنشق الأرض وتخر
الجبال هداً أن دعوا للرحمن ولدا وما ينبغي للرحمن أن يتخذ ولداً إن كل من في
السموات والأرض إلا آتى الرحمن عبداً ، فنفى الولادة مع العبودية فدل على
أنهما لا يجتمعان ، ولأن الولد بعض منه فيصير كما لو ملك بعضه ، وإن ملك
بعضه ، فإن كان بسبب من جهة كالبيع والهبة وغو موسر قوم عليه الباقي لأنه
عتق بسبب من جهته فصار كما لو أعتق بعض عبداً ، وإن كان بغير سبب من جهته
كالارث لم يقوم عليه لأنه عتق من غير سبب من جهته ، ومن ملك من سوى
الوالدين والمولودين من الأقارب ولم يعتق عليه لأنه لا بعضية بينهما فكانوا
كألأجانب ، وإن وجد من يعتق عليه مملوكاً فالمستحب أن يشتريه ليعتق عليه ،
لقوله صلى الله عليه وسلم : لا يجزى ولد والده إلا أن يجده مملوكاً فيشتريه فيعتقه ،
ولا يجب عليه ذلك لأنه استجلاب مال لقربة لم يتقدم وجوبها فلا يجب كشرائه
المال للزكاة ، وإن وصى للمولى عليه بأبيه ، فإن كان لا تلزمه نفقته وجب على
المولى قبوله لأنه يعتق عليه فيحصل له جمال عاجل وثواب آجل من غير إضرار
وإن كان تلزمه نفقته لم يجب قبوله لأنه يعتق عليه ويطالب بنفقته ، وفي ذلك
إضرار فلم يجز ؛ وإن وصى له ببعضه ، فإن كان معسراً لزمه قبوله لأنه لا ضرر
عليه من جهة التقويم ولا من جهة النفقة ، وإن كان موسراً والاب من قازمه
نفقته لم يجب قبوله لأنه تلزمه نفقته وفي ذلك إضرار ؛ وإن كان لا تلزمه نفقته
ففيه قولان .

(أحدهما) لا يجوز قبوله لأن ملكه يقتضى التقويم ، وفي ذلك إضرار .
(والثاني) يلزم قبوله ولا يقوم عليه لأنه يعتق عليه بغير اختباره فلم يقوم
عليه كما لو ملكه بالارث .

باب القرعة

والقرعة أن تقطع رقاع متساوية ويكتب في كل رقعة ما يراد إخراجها وتجهل
في بنادق من طين متساوية الوزن والصفة وتجفف وتغطى بشئ ثم يقال لرجل
لم يحضر الكتابة والبندقة أخرج بندقه ويحمل بما فيها فإن كان القصد عتق الثالث

جزئوا ثلاثة أجزاء ، وإن كان القصد عتق الربع جزئوا أربعة أجزاء ، وإن كان القصد عتق النصف جزئوا جزأين وتعديل السهام ، فإن كان القصد عتق الثلث فإن كان عددهم وقيمتهم متساوية ، فإن كانوا ستة أعبد قيمة كل واحد منهم مائة جعل كل اثنين جزءاً ، ثم الحاكم بالخيار بين أن يكتب في الرقاع الاسماء ويخرج الاسماء على الحرية والرق ، وبين أن يكتب الرق والحرية ويخرج على الاسماء ، فإن اختار كتب الاسماء كتب كل اسمين في رقعة ، فإن شاء أخرج القرعة على الحرية ، فإذا خرجت القرعة باسم اثنين عتقا ورق الباقيون ، وإن شاء أخرج على الرق ، فإذا خرجت رق من فيها ثم يخرج قرعة أخرى على الرق ، فإذا خرجت رق من فيها ويعتق الباقيان ، والاخراج على الحرية أولى لأنه أقرب إلى فصل الحكم ، فإن اتفق العدد واختلفت القيم وأمكن تعديل العدد بالقيمة بأن يكونوا ستة قيمة اثنين أربع مائة وقيمة اثنين ست مائة وقيمة اثنين مائتان جعل اللذان قيمتهما أربع مائة جزءاً وضم أحد العبدین المقومين بست مائة إلى أحد العبدین المقومين بمائتين ويجعل العبدان الاخران جزءاً ويخرج القرعة على ما ذكرناه من الوجهين .

وإن اختلفت قيمتهم ولم يتفق عددهم بأن كانوا ثمانية قيمة واحد مائة وقيمة ثلاثة مائة وقيمة أربعة مائة عدلوا بالقيمة ، فيجعل العبد جزءاً والثلاثة جزءاً والأربعة جزءاً ، فإن خرجت قرعة العتق على العبد عتق ورق السبعة . وإن خرجت على الثلاثة عتقوا ورق الخمسة . وإن خرجت على الأربعة عتقوا ورق الأربعة لأنه لا يمكن تعديلهم بغير القيمة فعدلوا بالقيمة ، وعلى هذا لو كانوا اثنين قيمة أحدهما مائة وقيمة الآخر مائتان جعلوا جزأين وأقرع بينهما ، فإن خرجت قرعة العتق على المقوم بمائة عتق جميعه ورق الآخر ، وإن خرجت على المقوم بمائتين عتق نصفه ورق نصفه وجميع الآخر ، فإن اتفق العدد واختلفت القيم فإن عدل بالعدد اختلفت القيم ؛ وإن عدل بالقيمة اختلف العدد بأن كانوا ستة قيمة واحد مائة وقيمة اثنين مائة وقيمة ثلاثة مائة فعدلوا بهم بدلون بالقيمة فيجعل العبد جزءاً والعبدان جزءاً والثلاثة جزءاً وتخرج القرعة على ما ذكرناه من الوجهين .

ومن أصحابنا من قال يعدلون بالعدد فيجعل اللذان قيمتهما مائة جزءا ويضم
أحد الثلاثة إلى المقوم بمائة فيجعلان جزءا وقيمة مائة وثلاث ويجعل الاخران
جزءا وقيمتها ثلثمائة وأقرع بينهم فان خرجت القرعة على المقومين بالمائة وقد
استكملا الثلث ورق الباقيون ، وان خرجت على العبدين المقوم أحدهما بمائة
والاخر بثلث المائة عتقا ورق الأربعة الباقيون ويقرع بين العبدين اللذين خرجت
القرعة عليهما لأنها أكثر من الثالث فلم ينفذ العتق فبهما ، فان أقرع فخرجت
القرعة على المقوم بمائة عتق ورق الاخر ، وإن خرجت على المقوم بثلث المائة
عتق وعتق من الاخر الثلثان لاستكمال الثلث ورق الباقي والصحيح هو المنصوص
عليه لأن فيما قال هذا القائل يحتاج إلى إعادة القرعة وتبعيض الرق والحريه في
شخص واحد ، فان اختلف العدد والقيم ولم يمكن التعديل بالعدد ولا بالقيمة بأن
كانوا خمسة وقيمة أحدهم مائة وقيمة الثاني مائتان وقيمة الثالث ثلثمائة وقيمة
الرابع أربعمائه وقيمة الخامس خمسمائه ففيه قولان

(أحدهما) أنه يكتب أسماؤهم في رقاع بعدد ثم يخرج على العتق ، فإن خرج
المقوم بخمسمائه وهو الثلث عتق ورق الأربعة . وإن خرج المقوم بأربعمائه عتق
وقد بقي من الثلث مائة فيخرج اسم آخر ، فان خرج اسم المقوم بثلثمائه عتق منه
ثلثه ورق باقيه والثلثاثة الباقيون ، وعلى هذا القياس يعمل في كل ما يخرج .
والقول الثاني أنهم يجزأون ثلاثة أجزاء على القيمة دون العدد فيجعل المقوم
بخمسمائه جزءا ، ويجعل المقوم بثلثمائه والمقوم بالمائتين جزءا . ويجعل المقوم
بأربعمائه والمقوم بمائه جزءا ثم يخرج القرعة ويعتق من فيها وهو الثلث ويرق
الباقيون لأن النبي صلى الله عليه وسلم جزأهم ثلاثة أجزاء

(فصل) قال الشافعي : وإن أعتق ثلاثة أعبد لا مال له غيرهم فأت واحد
ثم مات السيد أقرع بين الحيين والميت ، فان خرج سهم الحريه على الميت رق
الاثنان وحكم من خرج عليه سهم الحريه حكم الاحرار منذ خوطب باله و إلى
أن مات وكان له ما اكتسب واستفاد بآث وغیره . وان خرج سهم الحريه على
أحد الحيين لم يعتق منه الا ثلثاه لأن الميت قبل موت سيده مات عبدا فلم يكن له
حكم ما خلف السيد ، وإن مات المعتق ولم يقرع بينهم حتى مات اثنان أقرع بين

الحى والميتين فان خرج بينهم العتق على الحى عتق كله وأعطى كل ما استفاد من يوم خوطب بالعتق ورق الميتان

(فصل) اذا أعتق في مرضه ستة أعبد لآمال له غيرهم فأعتق اثنان بالقرعة ثم ظهر مال يحتمل أن يعتق آخران جعل الاربعه جزأين وأقرع بينهم وأعتق منهم اثنان (فصل) وان أعتق في مرضه أعبد له ومات وعاليه دين يستغرق التركة لم ينفذ العتق ، لأن العتق في المرض وصيه فلا ينفذ الا في ثلث ما يفضل بعد قضاء الدين . وان استغرق نصفها جعل التركة جزأين ويكتب في رقعة دين ، وفي رقعة تركه ، وان استغرق الثلث جعلوا ثلاثه أجزاء في رقعة دين وفي رقتين تركه ويقرع بينهم فمن خرجت عليه قرعة الدين بيع في الدين وما سواه يجعل ثلاثه أجزاء ويعتق منه الثلث لأنه اجتمع حق الدين وحق التركة وحق العتق ، وليس بعضها بالبيع والارث والعتق بأولى من البعض وللقرعة مدخل في تمير العتق من غيره فأقرع بينهم

(فصل) وان أعتقهم ومات وأقرع بينهم وأعتق الثلث ثم ظهر دين مستغرق لم ينفذ العتق لما ذكرناه ، فان قال الورثة نحن نقضى الدين وننفذ العتق ففيه وجهان .

(أحدهما) أن لهم ذلك لأن المنع من نفوذ العتق لأجل الدين فإذا قضى الدين زال المنع (والثاني) أنه ليس لهم ذلك لأنهم تقاسموا العبيد بالقرعة وقد تعلق بهم حق الغرماء فلم يصح ، كما لو تقاسم شريكان ثم ظهر شرك ثالث ، فعلى هذا يقضى الدين ثم يستأنف العتق ، وان كان الدين يستغرق نصف التركة فهل يبطل العتق بالجميع ، فيه وجهان (أحدهما) يبطل كما قلنا في قسمه الشريكين (والثاني) يبطل بقدر الدين لأن بطلانه بسببه فيقدر بقدره ، فان كان الذى أعتق عبيد عتق من كل واحد منهما نصفه ورق النصف ثم يقرع بينهما لجمع الحربه فان خرجت القرعة لأحدهما وكانت قيمتهما سواء عتق ويبيع الآخر في الدين ، وان كانت قيمته أحدهما أكثر فخرجت القرعة على أكثرهما قيمة عتق منه نصف قيمته العبيدين ورق باقيه والعبد الآخر . وان خرجت على أقلهما قيمته عتق وعتق من الثاني تمام النصف ويبيع الباقي في الدين

(باب المدبر)

التدبير قرينة لأنه يقصد به العتق ويعتبر من الثلث في الصحة والمرضى ، لما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يقل : المدبر من الثلث ، ولأنه تبرع بتنجز بالموت فاعتبر من الثلث كالوصية ، فإن دبر عبدا وأوصى بعتق آخر وعجز لثلث عنهما أفرع بينهما . ومن أصحابنا من قال فيه قول آخر أنه يقدم المدبر لأنه يعتق بالموت والموصى بعتقه لا يعتق بالموت والصحيح هو الأول لأن لزومهما بالموت قاستويا

(فصل) ويصح من السفية لأنه إنما منع من التصرف حتى لا يضيع ماله فيفتقر وبالتدبير لا يضيع ماله لأنه باق على ملكه ، وإن مات استغنى عن المال وحصل له الثواب ، وهل يصح من الصبي المميز ، فيه قولان (أحدهما) أنه يصح لما ذكرناه في السفية (والثاني) لا يصح وهو الصحيح لأنه ليس من أهل العقود فلم يصح تدبيره كالمجنون

(فصل) والتدبير هو أن يقول إن مت فانت حر ، فإن قال دبرتك أو أنت مدبر ونوى العتق صح ، وإن لم ينو فالمنصوص في المدبر أنه يصح . وقال في المكاتب إذا قال كاتبك على كذا وكذا لم يصح حتى يقول فإذا أدبت فانت حر فن أصحابنا من نقل جوابه في المدبر إلى المكاتب وجوابه في المكاتب إلى المدبر وجعلهما على قولين (أحدهما) أنهما صريحان لأنهما موضوعان للعتق في عرف الشرع (والثاني) أنهما ~~كنايةتان~~ فلا يقع العتق بهما إلا بقربة أو نية لأنهما يستعملان في العتق وغيره ، ومنهم من قال في المدبر صريح وفي المكاتب كناية ، ولم يذكر فرقا يعتمد عليه .

(فصل) ويجوز مطلقاً ، وهو أن يقول : إن مت فانت حر ، ويجوز مقيداً وهو أن يقول : إن مت من هذا المرض أو في هذا البلد فانت حر ، لأنه عتق معلق على صفة فجاز مطلقاً ومقيداً كالعتق المعلق على دخول الدار ، ويجوز تعليقه على شرط ، بأن يقول إن دخلت الدار فانت حر بعد موتي ، كما يجوز أن يعلق العتق المعلق على دخول الدار بشرط قبله ، فإن وجد الشرط صار دبراً ،

وان لم يوجد الشرط حتى مات السيد لم يصير مدبرا لأنه علق التدبير على صفة ،
وقد بطلت الصفة بالموت فسقط ما علق عليه .

(فصل) ويجوز تدبير المعتق بصفة كما يجوز أن يعلق عتقه على صفة أخرى
فإن وجدت الصفة قبل الموت عتق بالصفة وبطل التدبير به ، وإن مات قبل
وجود الصفة عتق بالتدبير وبطل العتق بالصفة ، ويجوز تدبير المكاتب كما يجوز
أن يعلق عتقه على صفة ، فإذا دبره صار مكاتبا مدبرا ويستحق العتق بالكتابة
والتدبير ، فإن أدى المال قبل الموت عتق بالكتابة وبطل التدبير ؛ وإن مات قبل
الاداء فإن كان يخرج من الثلث عتق بالتدبير وبطلت الكتابة ، وإن لم يخرج جميعه
عتق منه بقدر الثلث ويسقط من مال الكتابة بقدره وبقي الباقي على الكتابة ،
ولا يجوز تدبير أم الولد ، لأن الذي يقتضيه التدبير هو العتق بالموت ، وقد
استحقت ذلك بالاستيلاد فلم يفد التدبير شيئا ، فإذا برها ومات عتقت بالاستيلاد
من رأس المال .

(فصل) ويجوز تدبير الحمل كما يجوز في بعض عبيد كما يجوز عتقه ، ويجوز
في العتق ، فإن كان بين رجلين عبد فدبر أحدهما نصيبه وهو موسر فممل بقوّم
عليه نصيب شريكه ليصير الجميع مدبرا ، فيه قولان

(أحدهما) يقوّم عليه لأنه أثبت له شيئا يفضى الى العتق لا محالة فأوجب
التقويم كما لو استولد جاريه بينه وبين غيره

(والثاني) وهو المنصوص أنه لا يقوّم عليه ؛ لأن التقويم إنما يجب
بالإتلاف كالعتق أو بسبب يوجب الإتلاف كالاستيلاد والتدبير ليس بإتلاف
ولا سبب يوجب الإتلاف لأنه يمكن نقضه بالصراف فلم يوجب التقويم ، فإن
كان له عبد فدبر بعضه فالمنصوص أنه لا يسرى الى الباقي

ومن أصحابنا من قال فيه قول آخر أنه يسرى فيصير الجميع مدبرا ، ووجههما
ما ذكرناه في المسألة قبلها ، فإن كان عبد بين اثنين فدبراه بأن قال كل واحد
منهما إذا مت فانت حر جاز ، كما لو أعتقاه ، فإن أعتق أحدهما نصيبه بعد التدبير
وهو موسر فهو يقوّم عليه نصيب شريكه ليعتق ، فيه قولان منهومان :

(أحدهما) لا يقوم عليه لأن لنصيب شريكه جهة يعتق بها فاستغنى عن النقوم ولأننا إذا قومناه على المعتق أبطلنا على شريكه ما ثبت له من العتق والولاء بحكم التدبير .

(والثاني) يقوم عليه ليصير الكل حراً لأن المدبر كالفن في الملك والتصرف فكان كالفن في النقوم والسراية ، فإن كان بين نفسين عبد فقالا إذا متنا فأنت حر لم يعتق حصّة واحد منهما إلا بموته وموت شريكه ، فإن ماتا معاً عتق عليهما بوجود الصفة فإن مات أحدهما قبل الآخر انتقل نصيب الميت إلى وارثه ووقف عتقه على موت الآخر فإذا مات الآخر عتق ، فإن قالوا : أنت حبيس على آخرنا موتاً فالحكم فيها كالحكم في المسألة قبلها إلا في فصل واحد وهو أن في المسألة الأولى إذا مات أحدهما انتقل نصيب الميت إلى وارثه إلى أن يموت الآخر وفي هذه إذا مات أحدهما كان منفعة نصيبه موصى بها للآخر إلى أن يموت لقوله أنت حبيس على آخرنا موتاً فإذا مات الآخر عتق .

(فصل) ويملك المولى ببيع المدبر ، لما روى جابر رضى الله عنه أن رجلاً أعتق غلاماً له عن دبر منه ولم يكن له مال غيره فأمر به النبي صلى الله عليه وسلم فبيع بسبعمائة أو بتسعمائة ويملك هبته ووقفه وكتابته قياساً على البيع ويملك أكسابه ومنافعه وأرش ما يجنى عليه لأنه لما كان كالعبد الفن في التصرف في الرقبة كان كالفن فيها ذكرناه ، وإن جنى خطأ تعلق الأرض برقبته وهو بالخيار بين أن يسلمه للبيع وبين أن يفديه كما يفدى العبد الفن لأنه كالفن في جواز بيعه فكان كالفن في جواز التسليم للبيع والفداء ، وإن مات السيد قبل أن يفديه .

فإن قلنا : لا يجوز عتق الجاني لم يعتق وللوارث الخيار بين التسليم للبيع وبين الفداء كالسيد في حياته . وإن قلنا : يجوز عتق الجاني عتق من الثالث ووجب أرش الجنابة من التركة لأنه عتق بسبب من جهته فتعلق الأرض بتركته ولا يجب إلا أقل الأمرين من قيمته أو أرش الجنابة لأنه لا يمكن تسليمه للبيع بعد العتق (فصل) وإن كان المدبر جارية فأنت بولد من النكاح أو الزنا فهل يتبعها في التدبير فيه قولان .

(أحدهما) يتبعها لأنها تستحق الحرية فتبعها الولد كام الولد ، فعلى هذا ان ماتت الام في حياة المولى لم يبطل التدبير في الولد .

(والثاني) لا يتبعها لانه عقد يلحقه الفسخ فلم يسر الى الولد كالرهن والوصية وان دبرها وهي حامل تبعها الولد قولاً واحداً كما يتبعها في العتق . وان دبر عبداً ثم ملكه جارية فأتت منه بولد لحقه نسبه لأنه يملكها في أحيد القوانين وله فيها شمة في القول الثاني لاختلاف الناس في ملكه .

(فإن قلنا) لا يملك الجارية فالولد مملوك للمولى لانه ولد أمته (وان قلنا) يملكها فالولد ابن المدبر ومملوكه لأنه من أمته وهل يكون مدبراً فيه وجمان . أحدهما : أنه ليس بمدبر لأن الولد انما يتبع الام دون الاب والام غير مدبرة ، والثاني : أنه مدبر لأنها علقت به في ملكه فكان كلاب كولد الحر من أمته .

(فصل) ويجوز الرجوع في التدبير بما يزيل الملك كالبيع والهبة المقبوضة لما روينا من حديث جابر رضى الله عنه وهل يجوز بلفظ الفسخ كقوله : فسخت ونقضت ورجعت . فيه قولان

أحدهما : أنه يجري مجرى الوصية فيجوز له فسخه بلفظ الفسخ وهو اختيار المزني لانه تصرف يتنجز بالموت يعتبره من الثلث فهو كالوصية .

والثاني : أنه يجري مجرى العتق بالصفة فلا يجوز فسخه بلفظ الفسخ وهو الصحيح لأنه عتق علقه على صفة فهو كالعتق بالصفات . وان وهبه ولم يقبضه فقد اختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال : ان قلنا : انه كالوصية فهو رجوع ، وان قلنا : انه كالعتق بالصفة فليس برجوع لأنه لم يزل الملك . ومنهم من قال : هو رجوع على القوانين لانه تصرف يفضى الى زوال الملك وان كاتبه . فان قلنا ان التدبير كالوصية كان رجوعاً كما لو أوصى بعد ثم كاتبه ، وان قلنا أنه كالعتق بالصفة لم يكن رجوعاً بل يصير مدبراً مكاتباً وحكمه ما ذكرناه فيمن دبر مكاتباً ، وان دبره ثم قال ان أدبت الى وارثي ألفاً فأنت حر .

(فإن قلنا) انه كالوصية كان ذلك رجوعاً في التدبير لأنه عدل عن العتق بالموت الى العتق بأداء المال فيبطل التدبير ويتعلق العتق بالأداء . وان قلنا : انه

كالعق بالصفة وخرج من الثالث عتق بالتدبير وسقط حكم الأداء بعده لأنه علق عتقه بصفة متقدمة ثم علقه بصفة متأخرة فعتق بأسبقهما وأسبقهما الموت فعتق به وإن دبر جارية ثم أولدها بطل التدبير لأن العتق بالتدبير والاستيلاد في وقت واحد والاستيلاد أقوى فأسقط التدبير .

(فصل) ويجوز الرجوع في تدبير البعض كما يجوز التدبير في الابتداء في البعض ، وإن دبر جارية فأنت بولد من نكاح أو زنا وقلنا أنه يتبعها في التدبير ورجع في تدبير الأم لم يتبعها الولد في الرجوع وإن تبعها في التدبير كما أن ولد أم الولد يتبعها حق الحرية ثم لا يتبعها في بطلان حقها من الحرية بموتها ، وإن دبرها الصبي وقلنا أنه يصح تدبيره ، فإن قلنا : يجوز الرجوع بلفظ الفسخ جاز رجوعه لأنه لا حرج عليه في التدبير لحاز رجوعه فيه كالألتم ، وإن قلنا : لا يجوز الرجوع إلا بتصرف يزيل الملك لم يصح الرجوع في تدبيره إلا بتصرف يزيل الملك من جهة الولي .

(فصل) وإن دبر عبده ثم ارتد فقد قال أبو إسحاق لا يبطل التدبير ، فإن مات عتق العبد لأنه تصرف نفذ قبل الرد فلم تؤثر الردة فيه كما لو باع ماله ثم ارتد ، ومن أصحابنا من قال : يبطل التدبير لأن المدبر إنما يعتق إذا حصل للورثة شيء مثله وهاهنا لم يحصل للورثة شيء فلم يعتق .

ومنهم من قال : ينشئ على الأفعال في ملكه ، فإن قلنا : يزول ملكه بالردة بطل لأنه زال ملكه فيه فأشبه إذا باعه ، وإن قلنا لا يزول لم يبطل كما لو لم يدبر وإن قلنا : موقوف فالمدبر موقوف وما قال أبو إسحاق غير صحيح لأنه ارتد والمدبر على ملكه فزال بالردة بخلاف ماله باعه قبل الردة وما قال الآخر لا يصح لأن ماله بالموت صار للمسلمين وقد حصل لهم مثله .

(فصل) وإن دبر الكافر عبداً كافراً ثم أسلم العبد ولم يرجع السيد في التدبير ففيه قولان .

أحدهما : يباع عليه وهو اختيار المزني لأنه يجوز بيعه فبيع عليه كالعبد القن والثاني : لا يباع عليه وهو الصحيح لأنه لا حظ للعبد في بيعه لأنه يبطل به

حقه من الحرية فعلى هذا هو بالخيار بين أن يسلمه إلى مسلم وينفق عليه إلى أن يرجع في التدبير فيبيع عليه أو يموت فيعتق عليه وبين أن يخرج على شيء لأنه لا سبيل إلى إفراره في يده فلم يحز إلا ما ذكرناه ، فإن مات السيد وخرج من الثلث عتق ، وإن لم يخرج عتق منه بقدر الثلث وبيع الباقي على الورثة لأنه صار قفا .

(فصل) وان اختلف السيد والعبد فادعى العبد أنه دبره وأنكر السيد ، فان قلنا إن التدبير كالعتق بالصفة صح الاختلاف لأنه لا يمكن الرجوع فيه ، والقول قول السيد لان الاصل أنه لم يدبر .

وان قلنا : انه كالوصية ففيه وجهان ، أحدهما : أن القول قول السيد لان جهوده رجوع وهو يملك الرجوع ، والثاني أنه ليس برجوع وهو المذهب لأنه قال في الدعوى والبيّنات اذا أنكر السيد قلنا له قل رجعت ولا يحتاج الى اليمين فدل على أن جهوده ليس برجوع ، والدليل عليه أن جهوده شيء ليس برجوع كما أن جهود النكاح ليس بطلاق فملى هذا يصح الاختلاف والحكم فيه كالحكم فيه اذا قلنا انه عتق بالصفة ، وان مات السيد واختلف العبد والوارث صح الاختلاف على القولين والقول قول الوارث ، وان كان في يده مال فقال كسبته بعد العتق ، وقال الوارث بل كسبته قبل العتق قال قول المدبر لأن الاصل عدم الكسب الا في الوقت الذي وجد فيه وقد وجد وهو في يد المدبر فكان له ، وان كان أمة ومعهما ولد فادعت أنها ولده بعد التدبير . وقال الوارث بل ولده قبل التدبير فالقول قول الوارث لان الاصل في الولد الرق .

(فصل) ويجوز تعليق العتق على صفة مثل أن يقول ان دخلت الدار فأنت حر ، وان أعطيتني ألفا فأنت حر لأنه عتق على صفة فجاز كالتدبير ، فان قال ذاك في المرض اعتبر من الثلث ؛ لأنه لو أعتقه اعتبر من الثلث ، فاذا عتقه اعتبر من الثلث ، وان قال ذلك وهو صحيح اعتبر من رأس المال سواء وجدت الصفة وهو صحيح أو وجدت وهو مريض لان العتق انما يعتبر من الثلث في حال المرض لأنه قصد الى الاضرار بالورثة في حال يتعلق حقهم بالمال وهم نال بقصد الى ذاك ، فان علق العتق على صفة مطلقة ثم مات بطل لأن تصرف الإنسان

مقصود على حال الحياة فحمل إطلاق الصفة عليه ، وإن علق عتقه على صفة بعد الموت لم يبطل بالموت لأنه يملك العتق بعد الموت في الثلث فملك عتقه على صفة بعد الموت .

(فصل) وإن علق عتق أمة على صفة ثم أتت بولد من النكاح أو الزنا فهل يتبعها الولد فيه قولان كما قلنا في المدبرة ، فإن بطلت الصفة في الأم بموتها أو بموته بطلت في الولد لأن الولد يتبعها في العتق لا في الصفة بخلاف ولد المدبرة فإنه يتبعها في التدبير فإذا بطل فيها بقي فيه ، وإن قال لا أمته أنت حرة بعد موتى بسنة فمات السيد وهي تخرج من الثلث ، فللوارث أن يتصرف في كسبها ومنفعتيها ولا يتصرف في رقيتها لأنها موقوفة على العتق ؛ فإن أتت بولد بعد موت السيد فقد قال الشافعي رحمه الله يتبعها الولد قولاً واحداً ، فمن أصحابنا من قال فيه قولان كالولد الذي تأنى به قبل الموت والذي قاله الشافعي رحمه الله أحد القولين ، ومنهم من قال يتبعها الولد قولاً واحداً لأنها أتت به ، وقد استقر عتقها بالموت فيتبعها الولد كأم الولد بخلاف ما قبل الموت فإن عتقها غير مستقر لأنه يباحقه الفسخ .

(فصل) وإن علق عتق عبده على صفة لم يملك الرجوع فيها بالقول لأنه كاليمين أو كالنذر والرجوع في الجميع لا يجوز ، ويجوز الرجوع فيه بما يزيل الملك كالبيع وغيره ، فإن علق عتقه على صفة ثم باعه ثم رجع إليه فهل يعود حكم الصفة فيه قولان بناء على القولين فيمن علق طلاقاً لمراته على صفة وبانت منه ثم تزوجها ، وإن دبر عبده ثم باعه ثم رجع إليه ، فإن قلنا : إن التدبير كالوصية لم يرجع لأن الوصية إذا بطلت لم تعد ، وإن قلنا أنه كالعتق بصفة فهل يعود أم لا على ما ذكرناه من القولين .

كتاب المكاتب

الكتابة جائزة لقوله تعالى : والذين يبتغون المكاتب مما ملكت أيما نكم فكانبهم إن علمتم فيهم خيراً ، ولا تجوز الكتابة إلا من جاز التصرف في المال لأنه عقد على المال فلم يجز إلا من جاز التصرف في المال كالبيع ، ولا يجوز أن يكاتب عبداً أجيراً لأن الكتابة تقتضي التمكين من التصرف والإجارة تمنع من ذلك ؛ ولا يجوز أن يكاتب عبداً مرهوناً لأن الرهن يقتضي البيع والكتابة تمنع البيع ؛ وتجوز كتابة المدبر وأم الولد لأنه عتق بصفة يجوز أن تتقدم على الموت فجاز في المدبر وأم الولد كالعتق المعلق على دخول الدار ، فإن كتب مدبراً صار مكانياً ومدبراً ، وقد بينا حكمه في المدبر ، وإن كاتب أم ولد صارت مكاتبة وأم ولد فإن أدت المال قبل موت السيد عتقت بالكتابة ، وإن مات السيد قبل الأداء عتقت بالاستيلاء وبطلت الكتابة .

(فصل) وتجوز كتابة بعض العبد إذا كان باقية حراً لأنه كتابة على جميع ما فيه من الرق فأشبهه كتابة العبد في جميعه ، وإن كان عبد بين اثنين فكاتبه أحدهما في نصيبه بغير إذن شريكه لم يصح لأنه لا يعطى من الصدقات ولا يمكنه الشربك من الاكتساب بالأسفار ؛ وإن كاتبه باذن شريكه ففيه قولان ، (أحدهما) لا يصح لما ذكرناه من نقصان كسبه .

(والثاني) يصح لأن المنع لحق الشربك فزال بالاذن ، وإن كان لرجل عبد فكاتبه في بعضه فالمنع صريح أنه لا يصح ، واختلف أصحابنا فيه فذهب أكثرهم إلى أنه لا يصح قولاً واحداً كما لا يصح أن يبيع العتق فيه . ومنهم من قال : إذا قلنا أنه يصح أن يكاتب نصيبه في العبد المشترك باذن الشريك صح ههنا لأن اتفاقهما على كتابة البعض كاتفاق الشريكين ، فإن وصى رجل بكتابة عبد وعجز الثالث عن جميعه فالمنع صريح أنه يكاتب القدر الذي يحتمله الثلث ، فمن أصحابنا من جعل في الجميع قولين

ومنهم من قال : يصح في الوصية ، وقد فرق بينه وبين العبد المشترك بأن

الكتابة في العبد المشترك غير مستحقة في جميعه والكتابة في الوصية استحققت في جميعه فإذا تعذرت في البعض لم تسقط في الباقي .

(فصل) وان طلب العبد الكتابة نظرت فإن كان له كسب وأمانة استحب أن يكتب لقوله عز وجل : والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكتبوهم إن علمتم فيهم خيرا ، وقد فسر الخبر بالكسب والأمانة ، ولأن المقصود بالكتابة العتق على مال ، وبالكسب والأمانة يتوصل اليه ، ولا يجب ذلك لأنه عتق فلا يجب بطلب العبد كالعتق في غير الكتابة .

وان لم يكن له كسب ولا أمانة أو له كسب بلا أمانة لم تستحب لأنه لا يحصل المقصود بكتابه ولا تكره لأنه سبب للعتق من غير إضرار فلم تكره . وإن كان له أمانة بلا كسب ففيه وجهان .

(أحدهما) انه لا تستحب لأن مع عدم الكسب يتعذر الأداء فلا يحصل المقصود (والثاني) تستحب لأن الامين يعان ويعطى من الصدقات ، وان طلب السيد الكتابة فكره العبد لم يجبر عليه ، لأنه عتق على مال فلا يجبر العبد عليه كالعتق على مال في غير الكتابة .

(فصل) ولا يجوز الا بعوض مؤجل لأنه اذا كاتبه على عوض حال لم يقدر على أدائه فيفسخ العقد ويبطل المقصود ، ولا يجوز على أقل من نجمين ، لما روى عن أمير المؤمنين عثمان رضي الله عنه أنه غضب على عبد له وقال : لا عاقبتك ولا كاتبتك على نجمين ، فدل على أنه لا يجوز على أقل من ذلك . وعن علي كرم الله وجهه أنه قال : الكتابة على نجمين والإيتاء من الثاني ، ولا يجوز الا على نجمين معلومين ، وأن يكون ما يؤدي في كل نجم معلوما لأنه عوض منجم في عقد ، فوجب العلم بمقدار النجم ومقدار ما يؤديه فيه كالسلم الى أجلين .

(فصل) ولا يجوز الا على عوض معلوم الصفه ، لأنه عوض في الذمه فوجب العلم بصفته كالمسلم فيه .

(فصل) وتجوز الكتابة على المنافع ، لأنه يجوز أن تثبت في الذمة بالعقد

فجاز الكتابة عليهما كالمال فان كاتبه على هملين في الزمة في نجمين جاز كما يجوز على مالين في نجمين ، وان كاتبه على خدمة شهرين لم يجوز لأن ذلك نجم واحد ، وان كاتبه على خدمة شهر ثم على خدمة شهر بعده لم يجوز لأن العقد في الشهر الثاني على منفعة معينة في زمان مستقبل فلم يجوز كما لو استأجره للخدمة في شهر مستقبل . وان كاتبه على دينار وخدمة شهر بعده لم يجوز لأنه لا يقدر على تسليم الدينار في الحال ، وان كاتبه على خدمة شهر ودينار في نجم بعده جاز لأنه يقدر على تسليم الخدمة فهو مع الدينار كالمالين في نجمين ، وإن كاتبه على خدمة شهر ودينار بعد انقضاء الشهر فقد اختلف أصحابنا فيه فقال أبو اسحاق لا يجوز لأنه اذا لم يفصل بينهما صاران نجما واحداً . ومنهم من قال يجوز لأنه يستحق الدينار في غير الوقت الذي يستحق فيه الخدمة وانما يتصل استيفاءهما . فعلى هذا لو كاتبه على خدمة شهر ودينار في نصف الشهر جاز لأنه يستحق الدينار في غير الوقت الذي يستحق فيه الخدمة .

(فصل) وان كاتب رجلان عبداً بينهما على مال بينهما على قدر المالكين وعلى نجوم واحدة جاز ، وان تفاضلا في المال مع تساوى المالكين أو تساويا في المال مع تفاضل المالكين ، أو على أن نجوم أحدهما أكثر من نجوم الآخر أو على أن نجم أحدهما أطول من نجم الآخر ففيه طريقان : من أصحابنا من قال يبنى على القولين فيمن كاتب نصيبه من العبد بإذن شريكه ، فإن قلنا يجوز جاز ، وان قلنا لا يجوز لم يجوز لأن اتفاقهما على الكتابة ، ككتابة أحدهما في نصيبه بإذن الآخر . وعلى هذا يدل قول الشافعي رحمه الله تعالى فإنه قال في الام : ولو أجزت لأجزت أن ينفرد أحدهما بكتابه نصيبه ، فدل على أنه اذا جاز ذلك جاز هذا ، وان لم يجوز ذلك لم يجوز هذا .

ومنهم من قال لا يصح قولاً واحداً لأنه يؤدي الى أن ينتفع أحدهما بحق شريكه من الكسب لأنه يأخذ أكثر مما يستحق وربما عجز المالكاتب فيرجع على شريكه بالفاضل بعدما انتفع به .

(فصل) ولا يصح على شرط فاسد لأنه معاوضة يلحقها الفسخ فبطلت

بالشرط الفاسد كالبيع ، ولا يجوز تعليقها على شرط مستقبل ، لأنه عقد يبطل بالجماله فلم يجوز تعليقه على شرط مستقبل كالبيع .

(فصل) وإذا انعقد العقد لم يملك المولى فسخه قبل العجز لأنه أسقط حقه منه بالعوض فلم يملك فسخه قبل العجز عن العوض كالبيع ، ويجوز للعبد أن يتمتع من أداء المال لأن ماله يلزمه إذا لم يجعل شرطاً في عتقه لم يلزمه إذا جعل شرطاً في عتقه كالنوافل ، وهل يملك أن يفسخ ، فيه وجهان من أصحابنا من قال لا يملك لأنه لا ضرر عليه في البقاء على العقد ولا فائدة له في الفسخ فلم يملكه ، ومنهم من قال له أن يفسخ لأنه عقد لحظه فملك أن ينفرد بالفسخ كالمترحم ، فإن مات المولى لم يبطل العقد لأنه لازم من جمته فلم يبطل بالموت كالبيع ، وينتقل المكاتب إلى الوارث لأنه مملوك لا يبطل رقه بموت المولى فانتقل إلى وارثه كالعبد القن وإن مات العبد بطل العقد لأنه فات المعقود عليه قبل التسليم فبطل العقد كالمبيع إذا تلف قبل القبض ولا يجوز شرط الخيار فيه ، لأن الخيار لدفع الغبن عن المال والسيد يعلم أنه مغبون من جهة المملوك لأنه يبيع ماله بماله والعبد مخير بين أن يدفع المال وبين أن لا يدفع فلا معنى لشرط الخيار ، فإن اتفقا على الفسخ جاز ، لأنه عقد يلحقه الفسخ بالعجز عن المال ، فيجاز فسخه بالتراضي كالبيع .

(باب ما يملك المكاتب وما لا يملكه)

و يملك المكاتب بالعقد اكتساب المال بالبيع والإجارة والهدية والهبة وال أخذ بالشفعة والاحتشاش والاصطياد وأخذ المباحات ، وهو مع المولى كالأجنبي مع الأجنبي في ضمان المال وبذل المنافع وأرش الاطراف لأنه صار بما بذله له من العوض عن رقبته كالخارج عن ملكه ويملك التصرف في المال بما يعود إلى مصلحته ومصلحة ماله ، فيجوز أن ينفق على نفسه لأن ذلك من أهم المصالح وله أن يفدى في حياته نفسه أو رقيقه لأن له فيه مصلحة ، وله أن يختن غلامه ويؤدبه لأنه اصلاح المال . وأما الحد فالمنصوص أنه لا يملك اقامته لأن طريقه الولاية والمكاتب ليس من أهل الولاية

ومن أصحابنا من قال : له أن يقيم الحد كما يملك الحر في عبده وله أن يقتصر في الجنابة عليه وعلى رقيقه . وذكر الربيع قولا آخر أنه لا يقتصر من غير إذن المولى ووجهه أنه ربما عجز فيصير ذلك للسيد فيكون قد أتلف الارش الذي كان للسيد أن يأخذه لو لم يقتصر منه . قال أصحابنا : هذا القول من تخريج الربيع ، والمذهب أنه يجوز أن يقتصر لأن فيه مصلحة له .

(فصل) وان كان المكاتب جارية فوطئها المولى وجب عليه المهر ولها أن تطالب به لتستعين به على الكتابة لأنه يجري مجرى الكسب وان أذهب بكارتها لزمه الارش لأنه اتلاف جزء لا يستحقه فضمن بدله كقطع الطرف وإن أتت منه بولد صارت مكاتبة وأم ولد ، وقد بينا حكمهما في أول الباب ، وان كانت مكاتبة بين اثنين فأولدها أحدهما نظرت ، فإن كان معسرا صار نصيبه أم ولد ، وفي الولد وجهان

(أحدهما) وهو قول أبي علي بن أبي هريرة : أن الولد ينعقد جميعه حرا ويثبت للشريك في ذمة الواطئ نصف قيمته لأنه يستحيل أن ينعقد نصف الولد حرا ونصفه عبدا .

(والثاني) وهو قول أبي إسحاق : ان نصفه حر ونصفه مملوك ، وهو الصحيح اعتبارا بقدر ما يملك منها ولا يمتنع أن ينعقد نصفه حرا ونصفه عبدا كالمرأة إذا كان نصفها حرا ونصفها مملوكا فأتى بولد فإن نصفه حرا ونصفه عبد ، وان كان موسرا فالولد حر وصار نصيبه من الجارية أم ولد ، ويقوم على الواطئ نصيب شريكه وهل يقوم في الحال فيه طريقان من أصحابنا من قال : فيه قولان .

(أحدهما) يقوم في الحال ، فإذا قوم انفسخت الكتابة وصار جميعها أم ولد للواطئ ونصفها مكاتبا له فإن أدت المال عتق نصفها وسرى إلى باقيها .

(والقول الثاني) أنه يؤخر التقويم إلى العجز ، فإن أدت ما عليها عتقت عليها بالكتابة ، وإن عجزت قوم على الواطئ نصيب شريكه وصار الجميع أم ولد وقال أبو علي بن أبي هريرة : لا يقوم في الاستيلاد نصيب الشريك في الحال قولا واحدا ، بل يؤخر إلى أن تعجز لأن العتق فيه حظ للعبد لأنه يتمجل له الحرية في البساق ولا حظ لها في التقويم في الاستيلاد بل الحظ في التأخير لأنه

إذا آخر ربما أدت المال فعتقت وإذا قوم في الحال صارت أم الولد ولا تعتق إلا بالموت ، والصحيح هو الأول وأنه على قولين كالعقيق لأن الاستيلاد كالعقيق بل هو أقوى لأنه يصح من المجنون والعقيق لا يصح منه فإذا كان في التقويم في العقيق قولان وجب أن يكون في الاستيلاد مثله .

(فصل) وان أنت المكتوبة بولد من نكاح أو زنا ففيه قولان (أحدهما) أنه موقوف ، فان رقت الأم رق ، وإن عتقت عتق لأن الكتابة سبب يستحق به العقيق فيقبح الولد الأم فيه كالاستيلاد (والثاني) أنه مملوك ينصرف فيه لأنه قد يلحقه الفسخ فلم يسر إلى الولد كالرهن .

(فإن قلنا) أنه للمولى كان حكمه حكم العبد القن في الجنابة والكسب والنفقة والوطء (وان قلنا) أنه موقوف فقتل ففي قيمته قولان . أحدهما : أنها لأمه تستعين بها في الكتابة لأن القصد بالكتابة طلب حفظها ، والثاني : أنها للمولى لأنه تابع للأم وقيمة الأم للمولى فكذلك قيمة ولدها ، فان كسب الولد مالا ففيه قولان .

(أحدهما) أنه للأم لأنه تابع لها في حكمها فكسبها لها فكذلك كسب ولدها (والثاني) أنه موقوف لأن الكسب نماء الذات وذاته موقوفة فكذلك كسبه فعلى هذا يجمع الكسب ، فإن عتق ملك الكسب كما تملك الأم كسبها إذا عتقت وان رق بمجز الأم صار الكسب للمولى ، فمن أصحابنا من خرج فيه قولنا أنه للمولى كما قلنا في قيمته في أحد القولين ، وان أشرفت الأم على العجز وكان في كسب الولد وقام بمال الكتابة ففيه قولان .

(أحدهما) أنه ليس للأم أن تستعين به على الأداء لأنه موقوف على السيد أو الولد فلم يكن الأم فيه حق .

(والثاني) أن لها أن تأخذه وتؤديه لأنها إذا أدت عتقت وعتق الولد فكان ذلك أحظ للولد من أن ترق ويأخذه المولى ، فإن احتاج الولد إلى النفقة ولم يكن في كسبه ما يفي .

فإن قلنا : ان الكسب للمولى فالنفقة عليه ؛ وان قلنا : أنه للأم فالنفقة عليها وإن قلنا : أنه موقوف ففي النفقة وجهان (أحدهما) أنها على المولى لأنه مرصود

الملك (والثاني) أنها في بيت المال لأن المولى لا يملكه فلم يبق إلا بيت المال ؛
وان كان الولد جارية فوطئها المولى ، فإن قلنا : إن كسبه له لم يجب عليه المهر
لأنه لو وجب لكان له ؛ وإن قلنا : أنه للأم فالمهر لها ، وإن قلنا : أنه موقوف
وقف المهر ، وإن أحباها صارت أم ولد له بشبهة الملك ولا تلزمه قيمتها ، لأن
القيمة تجب لمن يملكها والام لا تملك رقبتهما وإنما هي موقوفة عليها .

(فصل) وإن حبس السيد المالك مدة ففيه قولان (أحدهما) يلزمه
تخليته في مثل تلك المدة لأنه دخل في العقد على التمكن من التصرف في المدة
فلزمه الوفاء به (والثاني) تلزمه أجره المثل للمدة التي حبسه فيها وهو الصحيح
لأن المنافع لا تضمن بالمثل ، وإنما تضمن بالأجرة ، وإن قهر أهل الحرب
المالك على نفسه مدة ثم أفلت من أيديهم ففيه قولان .

(أحدهما) لا تجب تخليته في مثل المدة لأنه لم يكن الحبس من جهته .
(والثاني) تجب لأنه فات ما استحقه بالعقد ، ولا فرق بين أن يكون بتفريط
أو غير تفريط كالبيع إذا هلك في يد البائع ، ولا يجيء ههنا إيجاب الأجرة على
المولى لأنه لم يكن الحبس من جهته فلا تلزمه أجرته .

(فصل) ولا يملك المالك التصرف إلا على وجه النظر والاحتياط لأن
حق المولى يتعلق باكتسابه ، فإن أراد أن يسافر فقد قال في الام : يجوز . وقال
في الامالي : لا يجوز بغير إذن المولى ، فمن أصحابنا من قال : فيه قولان (أحدهما)
لا يجوز لأن فيه تغريراً (والثاني) يجوز لأنه من أسباب الكسب ، ومنهم من
قال : إن كان السفر طويلاً لم يجوز ، وإن كان قصيراً جاز ، وحمل القولين على
هذين الحالين ، والصحيح هو الطريق الأول .

(فصل) ولا يجوز أن يبيع نسبته ، وإن كان بأضعاف الثمن ولا على أن
ياخذ بالثمن رهناً أو ضمناً لأنه يخرج المال من يده من غير عوض والرهن قد
يتلف والضمين قد يفلس وإن باع ما يساوي مائه بمائة نقداً وعشرين نسبته جاز
لأنه لا ضرر فيه ، ولا يجوز أن يقرض ولا يضارب ولا يرهن لأنه إخراج
مال بغير عوض .

(فصل) ولا يجوز أن يشتري من يعتق عليه لأنه يخرج ما لا يملك التصرف فيه بمال لا يملك التصرف فيه ، وفي ذلك إضرار ، وإن وصى له بمن يعتق عليه ، فإن لم يكن له كسب لم يجوز قبوله لأنه يحتاج أن ينفق عليه وفي ذلك إضرار ، وإن كان له كسب جاز قبوله لأنه لا ضرر فيه ، فإن قبله ثم صار زمناً لا كسب له فله أن ينفق عليه لأن فيه إصلاحاً لماله .

(فصل) ولا يعتق ولا يكاتب ولا يهب ولا يحابي ولا يهوى من الدين ولا يكفر بالمال ولا ينفق على أقاربه الأحرار ولا يسرف في نفقة نفسه ، وإن كان له أمة مزروجة لم تبذل العوض في الخلع لأن ذلك كله استهلاك للمال ، وإن كان عليه دين مؤجل لم يملك تعجيله لأنه يقطع التصرف فيما يعجله من المال من غير حاجة ، وإن كان مكاتباً بين نفسين لم يجوز أن يقدم حق أحدهما لأن ما يقدمه من ذلك يتعلق به حقهما فلا يجوز أن يخص به أحدهما ، وإن أقر بجناية خطأ ، ففيه قولان .

أحدهما : يقبل لأنه إقرار بالمال فقبل كما لو أقر بدين معاملة .

والثاني : لا يقبل لأنه يخرج به الكسب من غير عوض فبطل كالمهبة ، وإن جنى هو أو عبده يملك بيعه على أجنبي لم يجوز أن يفديه بأكثر من قيمته لأن الفداء كالاتباع فلا يجوز بأكثر من القيمة ، وإن كان عبداً لا يملك بيعه كالأب والابن لم يجوز أن يفديه بشيء قل أو أكثر لأنه يخرج ما يملك التصرف فيه لاستبقاء ماله يملك التصرف فيه .

(فصل) وإن فعل ذلك باذن المولى ففيه قولان ، أحدهما : لا يصح لأن المولى لا يملك ما في يده والمكاتب لا يملك ذلك بنفسه فلا يصح باجتماعهما كالإخ إذا زوج أخته الصغيرة باذنها ، والثاني : أنه يصح وهو الصحيح لأن المال موقوف عليهما : ولا يخرج منهما فصيح باجتماعهما كالشريكين في المال المشترك والراهن والمرتهن في الرهن ، وإن وهب للمولى أو حاباه أو أقرضه أو ضاربه أو عجل له ما تأجل من ديونه أو فدى جنايته عليه بأكثر من قيمته ، فإن قلنا يصح للأجنبي بإذن المولى صح ، وإن قلنا : لا يصح في حق الأجنبي بإذنه لم يصح لأن قبوله كالإذن فإن وهب أو أقرض أو قلنا أنه لا يصح فله أن يسترجع فإن لم يسترجع

حتى عتق لم يسترجع على ظاهر النص ، لأنه إنما لم يصح انقصانه وقد زال ذلك .
ومن أصحابنا من قال له أن يسترجع لأنه قد وقع فاسداً فثبت له الاسترجاع

(فصل) ولا يتزوج المكاتب إلا بإذن المولى لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : أيما عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو عاهر ، ولأنه يلزمه المهر والنفقة في كسبه ، وفي ذلك إضرار بالمولى فلم يجوز بغير إذنه ، فإن إذن له المولى جاز قولاً واحداً للخبر ، ولأن الحاجة تدعو إليه بخلاف الهبة

(فصل) ولا ينسرى بجمارية من غير إذن المولى ، لأنه ربما أحبلها فتأثرت بالولادة ، فإن إذن له المولى وقلنا إن العبد يملك ففيه طريقان ، من أصحابنا من قال على قولين كالهبة . ومنهم من قال يجوز قولاً واحداً ، لأنه ربما دعت الحاجة إليه فجاز كالنكاح ، فإن أولدها فالولد ابنه ومملوكه لأنه ولد جاريته وتلزمه نفقته لأنه مملوكه بخلاف ولد الحرة ولا يعتق عليه لنقصان ماله ، فإن أدى المملال عتق معه لأنه كمل ملكه وإن رق رق معه

(فصل) ويجب على المولى الإيتاء ، وهو أن يضع عنه جزءاً من المال أو يدفع إليه جزء من المال ، لقوله عز وجل : وآتوهم من مال الله الذي آتاكم ، وعن علي كرم الله وجهه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في هذه الآية : يحط عنه ربع الكتابة ، والوضع أولى من الدفع ، لأنه يتحقق الانتفاع به في الكتابة . واختلف أصحابنا في القدر الواجب ، فمنهم من قال ما يقع عليه الاسم من قليل وكثير ، وهو المذهب ، لأن اسم الإيتاء يقع عليه

وقال أبو إسحاق : يختلف باختلاف قلة المال وكثرته ، فإن اختلفا قدره الحاكم باجتهاده كما قلنا في المنعة ، فإن اختار الدفع جاز بعد العقد الآية ، وفي وقت الوجوب وجهان : أحدهما يجب بعد العتق كما يجب المنعة بعد الطلاق ، والثاني أنه يجب قبل العتق لأنه إيتاء وجب للمكاتب فوجب قبل العتق كالإيتاء في الزكاة ، ولا يجوز الدفع من غير جنس مال الكتابة لقوله تعالى : وآتوهم من مال الله الذي آتاكم ، فإن دفع إليه من جنسه من غير ما أداه إليه ففيه وجهان

(أحدهما) يجوز كما يجوز في الزكاة أن يدفع من غير المال الذي وجب فيه

الزكاة (والثاني) لا يجوز وهو الصحيح الآية ، وان سبق المكاتب وأدى المال
لزم المولى أن يدفع اليه لانه مال وجب للأدى فلم يسقط من غير أداء ولا ابراء
كسائر الديون . وان مات المولى وعليه دين حاص للمكاتب أصحاب الديون .
ومن أصحابنا من قال يخاص أصحاب الوصايا لانه دين ضعيف غير مقدر فسوى
بينه وبين الوصايا ، والصحيح هو الاول لانه دين واجب لخاص به الغرماء
كسائر الديون وبالله التوفيق .

(باب الأداء والمعجز)

ولا يعتق المكاتب ولا شيء منه وقد بقي عليه شيء من المال ، لما روى عمرو
ابن شعيب رضى الله عنه عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال :
المكاتب عبد ما بقي عليه من كتابته درهم . ولانه عاق عتقه على دفع مال فلا يعتق
شيء منه مع بقاء جزء منه ، كما لو قال لعبد : ان دفعت الى ألفاً فأنت حر ، فان
كاتب رجلان عبداً بينهما ثم أعتق أحدهما نصيبه أو أبراه عما عليه من مال الكتابة
عتق نصيبه لانه برىء من جميع ماله عليه فعتق ، كما لو كاتب عبداً فأبراه ، فان
كان المعتق موسراً فقد قال أصحابنا يقوم عليه نصيب شريكه كما لو أعتق شركاً
له في عبد ، وعندى أنه يجب أن يكون على قولين
(أحدهما) يقوم عليه

(والثاني) لا يقوم ، كما قلنا في شريكين دبرا عبداً ثم أعتق أحدهما نصيبه
أنه على قولين (أحدهما) يقوم (والثاني) لا يقوم ، فاذا قلنا انه يقوم عليه ففي
وقت التقويم قولان (أحدهما) يقوم في الحال ، كما نقول فيمن أعتق شركاً له
في عبد (والثاني) يؤخر التقويم الى أن يعجز ، لانه قد ثبت للشريك حق العتق
والولاء في نصيبه فلا يجوز ابطاله عليه

وان كاتب عبده ومات وخلف اثنين وأبراه أحدهما عن حصته عتق نصيبه
لانه أبراه من جميع ماله عليه ، فان كان الذى أبراه موسراً فهل يقوم عليه نصيب
شريكه ، فيه قولان

(أحدهما) لا يقوم لأن سبب العتق وجد من الأب ولهذا يثبت الولاء له

(والثاني) يقوم عليه وهو الصحيح لأن العتق تعجل بفعله ، فعلى هذا هل يتعجل التقويم والسراية ، فيه قولان (أحدهما) يتعجل لأنه عتق بوجوب السراية فتعجلت به ، كما لو أعتق شركا له في عبد (والثاني) يؤخر إلى أن يعجز ، لأن حق الأب في عتقه وولائه أسبق فلم يحز إبطاله .

وإن كاتب رجلان عبدا بما يجوز وأذن أحدهما للآخر في تعجيل حق شريكه من المال وقلنا إنه يصح الإذن عتق نصيبه ، وهل يقوم عليه نصيب شريكه ، فيه قولان (أحدهما) لا يقوم لتقدم سببه الذي اشتركا فيه (والثاني) يقوم لأنه عتق نصيبه بسبب منه ومتى يقوم ؟ فيه قولان

(أحدهما) يقوم في الحال لأنه تعجل عتقه (والثاني) يؤخر إلى أن يعجز لأنه قد ثبت لشريكه عقد يستحق به العتق والولاء فلم يحز أن يقوم عليه ذلك ، فعلى هذا إن أدى عتق باقيه ، وإن عجز قوم على المعلنق . وإن مات قبل الأداء والعجز مات ونصفه حر ونصفه مكاتب

(فصل) وإن حل عليه نجم وعجز عن أداء المال جاز الدولى أن يفسخ العقد لأنه أسقط حقه بعوض ، فإذا تعذر العوض ووجد عين ماله جاز له أن يفسخ ويرجع إلى عين ماله ، كما لو باع سلعة فأفلس المشتري بالثمن ووجد البائع عين ماله ، وإن كان معه ما يؤديه فامتنع من أدائه جاز له الفسخ لأن تعذر العوض بالامتناع كتعذره بالعجز لأنه لا يمكن إجباره على أدائه ، وإن عجز عن بعضه أو امتنع من أداء بعضه جاز له أن يفسخ لأننا بينا أن العتق في الكتابة لا يتبعض فكان تعذر البعض كتعذر الجميع ، ويجوز الفسخ من غير حاكم لأنه بحكم عليه فلم يفتقر إلى الحاكم كفسخ البيع بالعيب .

(فصل) وإن حل عليه نجم ومعه متاع فاستنظر لبيع المتاع وجب إنظاره لأنه قادر على أخذ المال من غير إضرار ولا يلزمه أن ينظر أكثر من ثلاثة أيام لأن الثلاثة قليل فلا ضرر عليه في الانتظار وما زاد كثير وفي الانتظار إضرار ، وإن طلب الإنظار لمـال غائب ؛ فإن كان على مال غائب ، فإن كان على مسافة لا تقصر فيها الصلاة وجب انظاره لأنه قريب لا ضرر في انظاره ، وإن كان على مسافة تقصر فيها الصلاة لم يجب لأنه طويل وفي الانتظار إضرار .

وان طلب الانظار لاقتضاء دين فان كان حالا على ملىء وجب انظاره لانه كالعين في يد المودع ولهذا تجب فيه الزكاة ، وان كان مؤجلا أو على معسر لم يجب الانظار لانه عليه اضرار في الانظار ، فان حل عليه المال وهو غائب ففيه وجهان : أحدهما له أن يفسخ لانه تعذر المال فجاز له الفسخ . والثاني ليس له أن يفسخ ، بل يرجع الى الحاكم ليكتب الى حاكم البلد الذى فيه المكاتب ليطلبه ، فان عجز أو امتنع فسخ لانه لا يتعذر الاداء الا بذلك فلا يفسخ قبله . وان حل عليه النجم وهو مجنون ، فان كان معه مال يسلم الى المولى عتق لانه قبض ما يستحقه فبرئت به ذمته ، وان لم يكن معه شيء فعجزه المولى وفسخ ثم ظهر له مال نقض الحكم بالفسخ لانا حكمنا بالعجز في الظاهر وقد بان خلافه فنقض ، كما لو حكم الحاكم ثم وجد النص بخلافه

وان كان قد أنفق عليه بعد الفسخ رجع بما أنفق لانه لم يتبرع بل أنفق على أنه عبده ، فان أفاق بعد الفسخ وأقام البينة أنه كان قد أدى المال نقض الحكم بالفسخ ولا يرجع المولى بما أنفق عليه بعد الفسخ ، لانه تبرع ، لانه أنفق وهو يعلم أنه حر .

وان حل النجم فأحضر المال وادعى السيد أنه حرام ولم تكن له بينة فالقول قول المكاتب مع يمينه لانه في يده والظاهر أنه له ؛ فان حلف خير المولى بين أن يأخذه وبين أن يبرئه منه ، فإن لم يفعل قبض عنه السلطان لانه حق يدخله النيابة فاذا امتنع منه قام السلطان مقامه

(فصل)

وان قبض المال وعتق ثم وجد به عيبا فله أن يرد ويطالب بالبدل ، فان رضى به استقر العتق لانه برئت ذمة العبد . وان رده ارتفع العتق لانه يستقر باستقرار الاداء وقد ارتفع الاداء بالرد فارتفع العتق . وان وجد به العيب وقد حدث به عنده عيب ثبت له الارش ، فان دفع الارش استقر العتق وان لم يدفع ارتفع العتق لانه لم يتم برائة الذمة من المال

وان كاتبه على خدمة شهر ودينار ثم مرض بطلت الكتابة في قدر الخدمة ،
وفي الباقي طريقان (أحدهما) أنه على قوانين (والثاني) أنه لا يبطل قولا واحدا
بناء على الطريقين فيمن ابتاع عيينين ثم تلفت احدهما قبل القبض .

(فصل) فإن أدى المال وعق ثم خرج المال مستحقا بطل الحكم بعقده
لأن العتق يقع بالأداء ، وقد بان أنه لم يؤد ، وإن كان الاستحقاق بعد موت
المكاتب كان ما ترك المولى دون الورثة لأننا قد حكمنا بأنه مات رقيقا .

(فصل) فإن باع المولى مافي ذمة المكاتب ، وقلنا انه لا يصح فقبحه
المشتري فقد قال في موضع يعتق ، وقال في موضع لا يعتق ، واختلف أصحابنا
فيه ، فقال أبو العباس فيه قولان .

(أحدهما) يعتق لأنه قبضه بإذنه فأشبهه إذا دفعه إلى وكيله .
(والثاني) وهو الصحيح أنه لا يعتق لأنه لم يقبضه للمولى وإنما قبضه لنفسه
ولم يصح قبضه لنفسه لأنه لم يستحقه فصار كالمو لم يؤخذ ، وقال أبو إسحاق : هي
على اختلاف حالين فالذي قال يعتق إذا أمره المكاتب بالدفع إليه لأنه قبضه بإذنه
والذي قال لا يعتق إذا لم يأمره بالدفع إليه لأنه لم يأخذه بإذنه وإنما أخذه بما تضمنه
البيع من الاذن والبيع باطل فبطل ما تضمنه .

(فصل) إذا اجتمع على المكاتب دين الكتابة ودين المعاملة وأرش الجنابة
وضاق مافي يده عن الجميع قدم دين المعاملة لأنه يختص بمافي يده والسيد والمجنى
عليه يرجعان إلى الرقبة ، فإن فضل عن الدين شيء قدم حق المجنى عليه لأن حقه
يقدم على حق المالك في العبد القن فكذلك في المكاتب ، وإن لم يكن له شيء
فأراد صاحب الدين تعجيزه لم يكن له ذلك لأن حقه في الذمة فلا فائدة في تعجيزه
بل تركه على الكتابة أنفع له لأنه ربما كسب ما يعطيه وإذا عجزه بقي حقه في الذمة
إلى أن يعتق فإن أراد المولى أو المجنى عليه تعجيزه كان له ذلك لأن المولى يرجع
بالتعجيز إلى رقبته ، والمجنى عليه يبيعه في الجنابة . فإن عجزه المولى انفسخت
الكتابة وسقط دينه وهو بالخيار بين أن يسلمه للبيع في الجنابة وبين أن يفديه

فإن عجزه المجنى عليه نظرت ، فإن كان الأرش يحيط بالثمن بيع وقضى حقه ،
وان كان دون الثمن بيع منه ما يقضى منه الأرش وبقي الباقي على الكتابة ، وان
أدى كتابة باقية عتق وهل يقوم الباقي عليه ان كان موسراً فيه وجهان . أحدهما
لا يقوم لانه وجد سبب العتق قبل التبعيض . والثاني : يقوم عليه لان اختياره
للاظهار كابتداء العتق .

باب الكتابة الفاسدة

إذا كاتب على عوض محرم أو شرط باطل فليس يد أن يرجع فيها لأنه دخل
على أن يسلم له ما شرط ولم يسلم فثبت له الرجوع وله أن يفسخ بنفسه لأنه يجمع
عليه ؛ وان مات المولى أو جن أو حجر عليه بطل العقد لأنه غير لازم من جهته
فيبطل بهذه الأشياء كالعقود الجائزة ، فإن مات العبد بطل لأنه لا يلحقه العتق
بعد الموت ، وان جن لم تبطل لأنه لازم من جهة العبد فلم تبطل بجنونه كالعتق
المعلق على دخول الدار .

(فصل) وان أدى ما كاتبه عليه قبل الفسخ عتق لأن الكتابة تشتمل على
معاوضه وهو قوله كاتبك على كذا وعلى صفه ، وهو قوله فإذا أدبت فأنت حر
فإذا بطلت المعاوضة بقيت الصفه فعتق بها ، وان أداه الى غير من كاتبه
لم يعتق لأنه لم توجد الصفه ، فإذا عتق تبعه ما فضل في يده من الكسب ، وان
كانت جارية تبعها الولد لانه جعل كالكتابة الصحيحة في العتق فكانت كالصحيحة
في الكسب والولد .

(فصل) ويرجع السيد عليه بقيمته لانه أزال ملكه عنه بشرط ولم يسلم له
الشرط وتعذر الرجوع اليه فرجع بيده كما لو باع سلعة بشرط فأسد فتلفت في يد
المشتري ويرجع العبد على المولى بما أداه اليه لانه دفعه عما عليه فإذا لم يقع عما
عليه ثبت له الرجوع ، فان كان ما دفع من جنس القيمة وعلى صفتها كالإيمان
وغيرها من ذوات الامثال ففيه أربعة أقوال .
(أحدها) انهما يتقاصان فسقط أحدهما بالآخر لانه لا فائدة في أخذه ورده

(والثاني) انه ان رضى أحدهما تقاصا ؛ وإن لم يرض واحد منهما لم يتقاصا لأنه إذا رضى أحدهما فقد اختار الراضى منهما قضاء ما عليه بالذى له على الآخر ومن عليه حق يجوز أن يقضيه من أى جهة شاء .

(والثالث) انهما ان تراضيا تقاصا ، وان لم يتراضيا لم يتقاصا لأنه إسقاط حق بحق فلم يحز إلا بالراضى كالحالة .

(والرابع) انهما لا يتقاصان بحال لأنه بيع دين بدين ، وان أخذ من سهم الرقاب في الزكاة ، فان لم يكن فيه وفاء استرجع منه ، وان كان فيه وفاء فقد قال في الآم : يسترجع ولا يعتق لأنه بالفساد خرج عن أن يكون من الرقاب . ومن أصحابنا من قال : لا يسترجع لأنه كالكتابة الصحيحة في العتق والكسب .

(فصل) فإن كاتب عبداً صغيراً أو مجنوناً فأدى ما كاتبه عليه عتق بوجود الصفة وهل يكون حكمها حكم الكتابة الفاسدة مع البالغ في ملك ما فضل في يده من الكسب وفي التراجع . فيه وجهان

(أحدهما) وهو قول أبي إسحاق : انه لا يملك ما فضل في يده من الكسب ولا يثبت التراجع وهو رواية المزني في المجنون لأن العقد مع الصبي ليس بعقد ولهذا لو ابتاع شيئاً وقبضه وتلف في يده لم يلزمه الضمان بخلاف البالغ ، فان عقده عقد يقتضى الضمان ، ولهذا لو اشترى شيئاً ببيع فاسد وتلف عنده لزمه الضمان (والثاني) وهو قول أبي العباس أنه يملك ما فضل من الكسب ويثبت بينهما التراجع ، وهو رواية الربيع في المجنون لأنه كتابة فاسدة فأشبهت كتابة البالغ بشرط فاسد .

(فصل) وإن كاتب بعض عبده ، وقلنا انه لا يصح فلم يفسخ حتى أدى المال عتق لوجود الصفة وتراجعا وصرى العتق إلى باقيه لأنه عتق بسبب منه ، فان كاتب شركاً له في عبد من غير إذن شريكه نظرت ، فإن جمع كسبه ودفع نصفه إلى الشريك ونصفه إلى الذى كاتبه عتق لوجود الصفة فان جمع الكسب كله وأداه فقيه وجهان .

(أحدهما) لا يعتق لأن الاداء يقتضى أداء ما يملك التصرف فيه وما أداه من مال الشريك لا يملك التصرف فيه .

(والثاني) يعتق لأن الصفة قد وجدت ، فإن كاتبه بإذن شريكه ، فإن قلنا : انه باطل فالحكم فيه كالحكم فيه اذا كاتبه بغير اذنه ، وان قلنا : انه صحيح ودفع نصف المكسب الى الشريك ونصفه الى الذي كاتبه عتق ، فإن جمع المكسب كله ودفعه الى الذي كاتبه فقد قال بعض أصحابنا فيه وجهان كالقسم قبله ، والمذهب انه لا يعتق لأن الكتابة صحيحة والمغلب فيها حكم المعاوضة ، فإذا دفع فيها ما لا يملكه صار كالموعد بخلاف القسم قبله فانها كتابة فاسدة والمغالب فيها الصفة واذا حكمنا بالعتق في هذه المسائل في نصيبه ، فإن كان المعتق موسراً سرى الى نصيب الشريك وقوم عليه لأنه عتق بسبب منه ، ولا يلزم العبد ضمان السراية لانه لم يلتزم ضمان ما سرى اليه .

(فصل) وان كاتب عبيداً على مال واحد ، وقلنا ان الكتابة صحيحة فأدى بعضهم عتق لانه برى بما عليه ، وان قلنا : ان الكتابة فاسدة فأدى بعضهم ، فالمنصوص انه يعتق لان الكتابة الفاسدة محمولة على الكتابة الصحيحة في الاحكام فكذلك في العتق بالاداء . ومن أصحابنا من قال : لا يعتق ، وهو الاظهر لان العتق في الكتابة الفاسدة بالصفة وذلك لم يوجد بأداء بعضهم .

باب اختلاف المولى والمكاتب

اذا اختلفا فقال السيد : كاتبك وأنا مغلوب على عقلي أو محجور على فأنكر العبد ، فإن كان قد عرف له جنون أو حجر فالقول قوله مع يمينه لأن الاصل بقاؤه على الجنون أو الحجر ، وان لم يعرف له ذلك فالقول قول العبد ، لان الظاهر عدم الجنون والحجر . وان اختلفا في قدر المال أو في نجومه تحالفاً قياساً على المتبايعين اذا اختلفا في قدر الثمن أو في الاجل ، فإن كان ذلك قبل العتق فهل تنفسخ بنفس التحالف أو يفتقر الى الفسخ فيه وجهان كما ذكرناه في المتبايعين وان كان التحالف بعد العتق لم يرتفع العتق ويرجع المولى بقيمته ويرجع المكاتب بالفصل كما نقول في البيع الفاسد .

(فصل) وان وضع شيئاً عنه من مال الكتابة ، ثم اختلفا فقال السيد :

وضعت النجم الاخير ، وقال المكاتب بل الاول فالقول قول السيد ، وان كاتبه على ألف درهم فوضع عنه خمسين ديناراً لم يصح لانه أبراه مما لا يملكه ، فان قال أردت ألف درهم بقيمة خمسين ديناراً صح ، وان اختلفا فيما عني فادعى المكاتب انه عني ألف درهم بقيمة خمسين ديناراً وأنكر السيد ذلك فالقول قول السيد لان الظاهر معه ولانه أعرف بما عني ، وان أدى المكاتب ما عليه فقال له المولى أنت حر ، وخرج المال مستحقاً فادعى العبدان عتقه بقوله : أنت حر ، وقال المولى : أردت أنك حر بما أدبت ، وقد بان أنه مستحق فالقول قول السيد لانه يحتمل الوجهين وهو أعرف بقصده ، وان قال السيد استوفيت أو قال العبد ليس أوفيتك فقال بلى ، فادعى المكاتب انه وفاه الجميع ، وقال المولى : بل وفاني البعض فالقول قول السيد لأن الاستيفاء لا يقتضي الجميع .

(فصل) وان كان المكاتب جارية وأتت بولد فاختلفا في ولدها ، وقلنا ان الولد يتبعها ، فقالت الجارية ولدته بعد الكتابة فهو موقوف معنى ، وقال المولى بل ولدته قبل الكتابة فهو لي فالقول قول السيد لان هذا اختلاف في وقت العقد والسيد يقول العقد بعد الولادة والمكاتب يقول قبل الولادة ، والاصل عدم العقد ، وان كاتب عبداً ثم زوجه أمة له ثم اشترى المكاتب زوجته وأتت بولد فقال السيد : أتت به قبل الشراء فهو لي ، وقال العبد : بل أتت به بعد ما اشتريتها فهو لي فالقول قول العبد لأن هذا الاختلاف في الملك ؛ والظاهر مع العبد لانه في يده بخلاف المسئلة قبلها ، فان هناك لم يختلفا في الملك ، وإنما اختلفا في وقت العقد .

(فصل) وإن كاتب عبيدين فأقر انه استوفى ماعلى أحدهما أو أبراه أحدهما ، واختلف العبدان فادعى كل واحد منهما انه هو الذي استوفى منه أو أبراه رجع الى المولى ، فان أخبر انه أحدهما قبل منه لانه أعرف بمن استوفى منه أو أبراه ، فان طالب الآخر بميمينه حلف له ، وان ادعى المولى أنه أشكل عليه لم يقرع بينهما لانه قد يتذكر ، فان ادعيا أنه يعلم حلف لكل واحد منهما وبقياً على الكتابة ، ومن أصحابنا من قال : ترد الدعوى عليهما ، فان حلفا أو نكلا بقيا

على الكتابة ؛ وإن حلف أحدهما ونكل الآخر حتى الحالف وبقي الآخر على الكتابة . وإن مات المولى قبل أن يعين ففيه قولان . أحدهما يقرع بينهما لأن الحرية تعينت لأحدهما ولا يمكن التعيين بغير القرعة فوجب تمييزها بالقرعة ، كما لو قال لعبدین أحدهما حر ، والثاني أنه لا يقرع لأن الحرية تعينت في أحدهما فاذا أقرع لم يؤمن أن تخرج القرعة على غيره ، فعلى هذا يرجع إلى الوارث ، فإن قال لا أعلم حلف لكل واحد منهما وبقياً على الكتابة على ما ذكرناه في المولى . (فصل) وإن كاتب ثلاثة أعبد في عقود أو في عقد على مائة وقلنا إنه يصح بقيمة أحدهم مائة بقيمة كل واحد من الآخرين خمسون فأدوا مالا من أيديهم ثم اختلفوا ، فقال من كثرت قيمته النصف لي ولكل واحد منكما الربع . وقال الآخران بل المال بيننا أثلاثاً ويبقى عليك تمام النصف وينضّل لكل واحد منا ما زاد على الربع فقد قال في موضع القول قول من كثرت قيمته . وقال في موضع القول قول من قلت قيمته ؛ فمن أصحابنا من قال هي على قولين . أحدهما أن القول قول من قلت قيمته وإن المؤدى بينهم أثلاثاً ، لأن يد كل واحد منهم على ثلث المال . والثاني أن القول قول من كثرت قيمته لأن الظاهر معه ، فإن العادة أن الإنسان لا يؤدي أكثر مما عليه .

ومنهم من قال هي على اختلاف حالين ، فالذي قال القول قول من كثرت قيمته إذا وقع العتق بالأداء لأن الظاهر أنه لا يؤدي أكثر مما عليه . والذي قال أن القول قول من قلت قيمته إذا لم يقع العتق بالأداء فيؤدي من قلت قيمته أكثر مما عليه ليكون الفاضل له من النجم الثاني . والدليل عليه أنه قال في الأم : إذا كاتبهم على مائة فأدوا ستين ، فاذا قلنا أنه بينهم على العدد أثلاثاً فأراد العبدان أن يرجعا بما فضل لهما لم يجوز لأن الظاهر أنهما تطوعا بالتعجيل فلا يرجعان به ويحتسب لهما من النجم الثاني .

(فصل) وإن كاتب رجلان عبداً بينهما فادعى المكاتب أنه أدى إليهما مال الكتابة فأقر أحدهما وأنكر الآخر عتق حصّة المقر والقول قول المنكر مع يمينه فاذا حلف بقيت حصته على الكتابة فله أن يطالب المقر بنصف ما أقر بقبضه

وهو الرابع لحصول حقه في يده ويطالب المكاتب بالباقي، وله أن يطالب المكاتب بالجميع وهو النصف، فإن قبض حقه منهما أو من أحدهما عتق المكاتب، وإس لأحد من المقر والمكاتب أن يرجع على صاحبه بما أخذه منه لأن كل واحد منهما يدعى أن الذي ظلمه هو المنكر فلا يرجع على غيره. وإن وجد المكاتب عاجزاً فمجزه أحدهما رق نصفه.

قال الشافعي رحمه الله: ولا يقوم على المقر، لأن التقويم لحق العبد وهو يقول أنا حر مسترق ظلمنا فلا يقوم ولا تقبل شهادة المصدق على المكذب لأنه يدفع بها ضرراً من استرجاع نصف ما في يده، فإن ادعى المكاتب أنه دفع جميع المال إلى أحدهما ليأخذ منه النصف ويدفع إلى شريكه النصف نظرت فإن قال المدعى عليه دفعت إلى كل واحد منا النصف وأنكره الآخر عتق حصته المدعى عليه بإقراره وبقيت حصة المنكر على الكتابة من غير بين، لأنه لا يدعى عليه واحد منهما تسليم المال إليه، وله أن يطالب المكاتب بجميع حقه، وله أن يطالب المقر بنصفه والمكاتب بنصفه ولا يرجع واحد منهما بما يؤخذ منه على الآخر لأن كل واحد منهما يدعى أن الذي ظلمه هو المنكر فلا يرجع على غيره، فإن استوفى المنكر حقه منهما أو من المكاتب عتقت حصته وصار المكاتب حراً. وإن عجز المكاتب فاستترقه فقد قال الشافعي رحمه الله إنه يقوم على المقر، ووجهه أنه عتق نصيبه بسبب من جهته. وقال في المسئلة قبلها لا يقوم، فنأصحبنا من نقل جوابه في كل واحدة منهما إلى الأخرى فجعلهما على قولين. ومنهم من قال يقوم ههنا ولا يقوم في المسئلة قبلها على ما نص عليه، لأن في المسئلة قبلها يقول المكاتب أنا حر فلا أستحق التقويم على أحد، وههنا يقول هني مملوك فاستحق التقويم وإن قال المدعى عليه قبضت المال وسلمت نصفه إلى شريكي وأمسكت النصف لنفسى وأنكر الشريك القبض عتق حصة المدعى عليه والقول قول المنكر مع يمينه لأن المقر يدعى التسليم إليه، فإذا حلف بقيت حصته على الكتابة وله أن يطالب المكاتب بجميع حقه بالعقد، وله أن يطالب المقر بإقراره بالقبض فإن رجع على المقر لم يرجع المقر على المكاتب لأنه يقول إن شريكي ظلمني. وإن رجع على المكاتب رجع المكاتب على المقر صدقه على الدفع أو كذبه لأنه فرط

في ترك الاشهاد فإن حصل المنكر ماله من أحدهما عتق المكاتب ، وإن عجز المكاتب عن أداء حصة المنكر كان المنكر أن يسترق نهييه ، فإذا رق قوم على المقر لأنه عتق بسبب كان منه وهو الكتابة ويرجع المنكر على المقر بنصف ما أقر بقبضه ، لأنه بالتعجيز استحق نصف كسبه ، وإن حصل المال من جهة المكاتب عتق باقيه ورجع المكاتب على المقر بنصف ما أقر بقبضه لأنه كسبه .

(كتاب عتق أمهات الأولاد)

إذا علفت الأمة بولد حر في ملك الواطيء صارت أم ولد له فلا يملك بيعها ولا هبتها ولا الوصية بها لما ذكرناه في البيوع ، فإن مات السيد عتقت لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من ولدت منه أمته فهي حرة من بعد موته وتعتق من رأس المال ، لأنه إتلاف حصل بالاستمتاع فاعتبر من رأس المال كالإتلاف بأكل الطيب ولبس الناعم ، وإن علفت بولد مملوك في غير ملك من زوج أو زنا لم تصير أم ولد له لأن حرمة الاستيلاد إنما تثبت للأم بحرية الولد . والدليل عليه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكرت له مارية القبطية فقال أعتقها ولدها ، والولد ههنا مملوك فلا يجوز أن تعتق الأم بسببه ، وإن علفت بولد حر أشبهه من غير ملك لم تصير أم ولد في الحال ، فإذا ملكها ففيه قولان .

(أحدهما) لا تصير أم ولد لأنها علفت منه في غير ملك فأشبهه إذا علفت منه في نكاح فاسد أو زنا .

(والثاني) إنها تصير أم ولد لأنها علفت منه بحر ، فأشبهه إذا علفت منه في ملك ، وإن علفت بولد مملوك في ملك ناتصر وهي جارية المكاتب إذا علفت من مولاه ففيه قولان (أحدهما) أنها لا تصير أم ولد لأنها علفت منه بمملوك (والثاني) أنها تصير أم ولد لأنه قد ثبت لهذا الولد حق الحرية ، ولهذا لا يجوز بيعه فثبت هذا الحق لأمه ،

(فصيل) وإن وطئ أمته فأسقطت جنيناً ميتاً كان حكمه حكم الولد الحي في الاستيلاد لأنه ولد . وإن أسقطت جزءاً من الأديم كالعين والظفر أو مضغة

فشهد أربع نسوة من أهل المعرفة والعدالة انه تخطط وتصور ثبت له حكم الولد لأنه قد علم انه ولد ، وان ألفت مضغه لم تتصور ولم تتخطط وشهد أربع من أهل العدالة والمعرفة انه مبتدأ خلق الادمي ، ولو بقي لكان آدميا ، فقد قال ههنا ما يدل على أنها لا تصير أم ولد ، وقال في العدد تنقضي به العدة ، فن أصحابنا من نقل جواب كل واحدة منهما إلى الأخرى وجعلها على قولين . أحدهما لا يثبت له حكم الولد في الاستيلاد ولا في انقضاء العدة لأنه ليس بولد ، والثاني يثبت له حكم الولد في الجميع لأنه خلق بشر فأشبهه إذا تخطط ، ومنهم من قال : لا يثبت له حكم الولد في الاستيلاد وتنقضي به العدة ، لأن حرمة الاستيلاد تتعلق بوجود الولد ، ولم يوجد الولد ، والعدة تراد لبراءة الرحم ، وبراءة الرحم تحصل بذلك .

(فصل) ويملك استخدام أم الولد وإجارتها ويملك وطأها لأنها باقية على ملكه ، وإنما ثبت لها حق الحرية بعد الموت ، وهذه التصرفات لا تمنع العتق فبقيت على ملكه ، وهل يملك تزويجها ؟ فيه ثلاثة أقوال (أحدها) يملك لأنه يملك رقبتهما ومنفعتهما فملك تزويجها كالامة القنة (والثاني) يملك تزويجها برضاها ولا يملك من غير رضاها لأنها تستحق الحرية بسبب لا يملك المولى ابطاله فملك تزويجها برضاها ولا يملك بغير رضاها كالمكاتبة (والثالث) لا يملك تزويجها بحال لأنها ناقصة في نفسها وولاية المولى عليها ناقصة فلم يملك تزويجها كالاخ في تزويج أخته الصغيرة ، فعلى هذا هل يجوز للحاكم تزويجها باذنها ، فيه وجهان

(أحدهما) وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنه لا يملك لأنه قائم مقامهما ويعقد باذنهما ، فإذا لم يملك العقد باجتماعهما لم يملك مع من يقوم مقامهما (والثاني) وهو قول أبي سعيد الاصطخري انه يملك تزويجها لأنه يملك بالحكم مالا يملك بالولاية وهو تزويج الكافرة .

(فصل) وإن أتت أم الولد بولد من نكاح أو زنا تبعها في حقها من العتق بموت السيد لأن الاستيلاد كالعتق المنجز ثم الولد يتبع الام في العتق فكذلك في

الاستيلاد ، فإن ماتت الأم قبل موت السيد لم يبطل الحكم في ولدها لأنه حق استقر له في حياة الأم فلم يسقط بموتها .

(فصل) وإن جنت أم الولد لزم المولى أن يفديها لأنه منع من بيعها بالإحبال ولم يبلغ بها إلى حال يتعلق الأرض بذمتها ولزمه ضمان جنايتها كالعبد القن إذا جنى وامتنع المولى من بيعه ويفديها بأقل الأمرين من قيمتها أو أرض الجنابة قولاً واحداً ، لأن في العبد القن إنما فداه بأرض الجنابة بالغاً ما بلغ في أحد القولين ، لأنه يمكن بيعه فربما رغب فيه من يشتريه بأكثر من قيمته وأم الولد لا يمكن بيعها فلا يلزمه أن يفديها بأكثر من قيمتها . وإن جنت ففداها بجميع القيمة ثم جنت ففيه قولان

(أحدهما) يلزمه أن يفديها لأنه إنما لزمه أن يفديها في الجنابة الأولى لأنه منع من بيعها ولم يبلغ بها حالة يتعلق الأرض بذمتها . وهذا موجود في الجنابة الثانية فوجب أن تفدى كالعبد القن إذا جنى وامتنع من بيعه ثم جنى وامتنع من بيعه والقول الثاني وهو الصحيح أنه لا يلزمه أن يفديها بل يقسم القيمة التي فدى بها الجنابة الأولى بين الجنابتين على قدر أرشهما ، لأنه بالإحبال صار كالمختلف لوقتها فلم يضمن أكثر من قيمتها ، وتخالف العبد القن فإنه فداه لأنه امتنع من بيعه والامتناع يتكرر فتكرر الفداء ، وهما لزمه الفداء للإتلاف بالإحبال . وذلك لا يتكرر فلم يتكرر الفداء

وإن جنت ففداها ببعض قيمتها ثم جنت ، فإن بقي من قدر قيمتها ما يفدى به الجنابة الثانية لزمه أن يفديها ، وإن بقي ما يفدى به بعض الجنابة الثانية فعلى القولين ، إن قلنا يلزمه أن يفدى الجنابة الثانية لزمه أن يفديها . وإن قلنا يشارك الثاني الأول في القيمة ضم ما بقي من قيمتها إلى ما فدى به الجنابة الأولى ثم يقسم الجميع بين الجنابتين على قدر أرشهما .

(فصل)

وإن أسلمت أم ولد نصراني تركت على يد امرأة ثقة وأخذ المولى بنفقتها إلى أن تموت فتعتق ، لأنه لا يمكن بيعها لها فيه من إبطال حقها من المعتق المستحق

بالاستيلاد ولا يمكن إعتاقها لما فيه من إبطال حق المولى ، ولا يمكن إقرارها في يده لما فيه من الصغار على الاسلام فلم يبق إلا ما ذكرناه . وإن كاتب كافر عبداً كافر أتم أسلم العبد بقي على الكتابة لأنه أسلم في حال لا يمكن مطالبة المالك ببيعه أو إعتاقه وهو خارج عن يده وأصرفه فبقى على حاله ، فإن عجز ورق أمر ببيعه .

باب الولاء

إذا أعتق الحر مملوكاً ثبت له عليه الولاء لما روت عائشة رضي الله عنها قالت اشتريت بريرة واشترط أهلها ولاءها ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أعتق قائما الولاء لمن أعتق

وإن عتق عليه بتدبير أو كتابة أو استيلاد أو قرابة ، أو أعتق عنه غيره ثبت له عليه الولاء لأنه عتق عليه فثبت له الولاء ، قالوا باشر عتقه . وإن باع الرجل عبده من نفسه ففيه وجهان :

(أحدهما) أنه يثبت له عليه الولاء ؛ لأنه لم يثبت عليه رق غيره
(والثاني) لا ولاء عليه لأحد ، لأنه لم يعتق عليه في ملكه ولا يملك العبد الولاء على نفسه فلم يكن عليه ولاء

(فصل) وإن أعتق المالك عبداً بإذن المولى وصححنا عتقه ففي ولائه قولان : أحدهما أنه للسيد لأن العتق لا ينفك من الولاء والمالك ليس من أهله فوجب أن يكون للسيد .

(والثاني) أنه موقوف فإن عتق فهو له فإن عجز فهو للسيد لأن المعتق هو المالك فوقف الولاء عليه ، فإن مات العبد المعتق قبل عجز المالك أو عتقه ففي ماله قولان :

(أحدهما) أنه موقوف على ما يكون من أمر المالك كالولاء
(والثاني) أنه للسيد لأن الولاء يجوز أن ينتقل لجاز أن يقف والارث لا يجوز أن ينتقل فلم يجوز أن يقف .

(فصل) وإن أعتق مسلم نصرانيا أو أعتق نصراني مسلما ثبت له الولاء ، لأن الولاء كالنسب ، والنسب يثبت مع اختلاف الدين فكذلك الولاء ؛ وإن أعتق المسلم نصرانيا فليحق بدار الحرب فسي لم يجز استرقاقه لأن عليه ولأه المسلم فلا يجوز إبطاله وإن أعتق ذمي عبده فليحق بدار الحرب وسي فففيه وجهان .

(أحدهما) لا يجوز أن يسترق لأنه لا يلزمنا حفظ ماله فلم يجز إبطال ولائه بالاسترقاق كالمسلم .

(والثاني) يجوز لأن معتقه لو لحق بدار الحرب جاز استرقاقه فكذلك عتيقه وإن أعتق حربي عبدا حريبا ثبت له عليه الولاء ، فإن سبي العبد المعتق أو سبي مولاه واسترق بطل ولاؤه لأنه لا حرمة له في نفسه ولا ماله ، وإن أعتق ذمي عبدا ثم لحق بدار الحرب فملكه عبده وأعتقه صار كل واحد منهما مولى الآخر لأن كل واحد منهما أعتق الآخر .

(فصل) وإن اشترك اثنين في عتق عبد اشتركا في الولاء لا اشتراكهما في العتق ، وإن كاتب رجل عبدا ومات وخلف اثنين فأعتق أحدهما نصيبه أو أبرأه ماله عليه ، فإن قلنا : لا يقوم عليه فادى ما عليه الآخر كان ولاؤه الاثنين لأنه عتق بالكتابة على الأب ، وقد ثبت له الولاء فانتقل اليهما ، وإن عجز عما عليه الآخر فرق نصيبه ففي ولأه النصف المعتق وجهان .

(أحدهما) أنه بينهما لأنه عتق بحكم الكتابة فثبت الولاء للأب وانتقل اليهما (والثاني) أنه للمعتق خاصة لأنه هو الذي أعتقه ووقف الآخر عن العتق ، وإن قلنا أنه يقوم في الحال فنقوم عليه ثبت الولاء للمقوم عليه في المقوم لأن التقويم انفسخت الكتابة فيه وعتق عليه ، وأما النصف الآخر فإنه عتق بالكتابة وفي ولائه وجهان (أحدهما) أنه بينهما (والثاني) أنه للمعتق خاصة ، وإن قلنا يؤخر التقويم ، فإن أدى عتق بالكتابة وكان الولاء لهما ، وإن عجز ورق قوم على المعتق وثبت له الولاء على النصف المقوم لأنه عتق عليه ؛ والنصف الآخر عتق بالكتابة وفي ولائه وجهان .

(فصل) ولا يثبت الولاء لغير المعتق ، فإن أسلم رجل على يد رجل

أو النقط لقيطاً لم يشيت له عليه الولاء لحديث عائشة رضي الله عنها ، قائما الولاء لمن أعتق ، وإنما في اللغة موضوع لاثبات المذكور ونفي ما عداه فدل على اثبات الولاء للمعتق ونفيه عن عداه ولأن الولاء ثبت بالشرع ولم يرد الشرع في الولاء إلا لمن أعتق وهذا المعنى لا يوجد في غيره فلا يلحق به .

(فصل) ولا يجوز بيع الولاء ولا هبته لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الولاء وعن هبته ولأن الولاء كالنسب والدليل عليه قوله صلى الله عليه وسلم الولاء لحمه كاحمة النسب والنسب لا يصح بيعه وهبته فكذلك الولاء ، وإن أعتق عبداً سائبة على أن لا ولاه عليه عتق وثبت له الولاء لقوله عز وجل : ما جعل الله من بحيرة ولا سائبة ولا وصيلة ولا حام ، ولأن هذا في معنى الهبة وقد بينا أنه لا يصح هبته .

(فصل) وإن مات العبد المعتقد وله مال ولا وارث له ورثه المولى لما روى يونس عن الحسن أن رجلاً أتى النبي صلى الله عليه وسلم برجل وقال : اشتريته وأعتقته فقال هو مولاك إن شكرك فهو خير له ، وإن كفرك فهو شر له وخير لك فقال فما أمر ميراثه فقال : إن ترك عصبته فالعصبية أحق وإلا فالولاء ، وإن كان له عصبية لم يرث للخبر ولأن الولاء فرع للنسب فلا يورث به مع وجوده ، وإن كان له من يرث الفرض ، فإن كان ممن يستغرق المال بالفرض لم يرث لانه إذا لم ترث العصبية مع من يستغرق المال بالفرض فلأن لا يرث المولى أولى ، وإن كان ممن لا يستغرق المال ورث ما فضل عن أهل الفرض ، لما روى عبد الله بن شداد قال : أعتقت ابنة حمزة مولى لها فمات وترك ابنته وابنة حمزة فأعطى النبي (ص) ابنة حمزة النصف وابنته النصف .

(فصل) وإن مات العبد والمولى ميت كان الولاء لعصبته المولى دون سائر الورثة ، لأن الولاء كالنسب لما ذكرناه من الخبر ، والنسب إلى العصبية دون غيرهم ويقدم الأقرب فالأقرب ، لما روى سعيد بن المسيب رحمه الله عليه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : المولى أخ في الدين ونعمة يرثه أولى الناس بالمعتق ولأن في عصبته الميت يقدم الأقرب فالأقرب وكذلك في عصبته المولى

فإن كان للمولى ابن وابنة كان الميراث لابن دون البنت لأنها يبدأ أنه لا يرث الولاء غير العصبات والبنت ليست من العصبات ولأن الولاء كالنسب ثم المرأة لا ترث بالقرابة من الميت إذا تباعد نسبها منه وهي بنت الاخ والعمه فلأن لا ترث بنت المولى وهو مؤخر عن النسب أولى ، وإن كان له أب وابن أو أب وابن ابن فالمراث لابن لأن تعصيب الابن أقوى لأنه يسقط تعصيب الاب ، فإن لم يكن بنون فالولاء للأب دون الجد والاخ لأنه أقرب منهما ، وإن ترك جدًا وأخًا ، ففيه قولان .

(أحدهما) انهما يشتركان كما يشتركان في ارث النسب .

(والثاني) يقدم الاخ لأن تعصبيه كتعصيب الابن وتعصيب الجد كتعصيب الاب ، وإنما لم يقدم في ارث النسب للإجماع وليس في الولاء إجماع فوجب ان يقدم فإن ترك جدًا وابن أخ فهو على القولين ، ان قلنا ان الجد والاخ يشتركان قدم الجد ، وإن قلنا : ان الاخ يقدم قدم ابنه ، وإن ترك أبا الجد والعم ، فعلى القولين ، ان قلنا ان الجد والاخ يشتركان قدم أبو الجد ، وإن قلنا ان الاخ يقدم قدم العم ، وإن اجتمع الاخ من الأب والام والاخ من الاب قدم الاخ من الأب والام كما يقدم في الارث بالنسب .

ومن أصحابنا من قال : فيه قولان :

(أحدهما) يقدم لما قلناه .

(والثاني) انهما سواء لأن الام لا ترث بالولاء فلا يرجح بها من بدلي بها فإن لم يكن للمولى عصبه وله مولى فالولاء لمولاه لأن المولى كالعصبه ، فإن لم يكن له مولى فلمعصبه مولاه ، فإن لم يكن له مولى ولا عصبه مولى ؛ وهناك مولى لعصبه المولى نظرت ، فإن كان مولى أخيه أو مولى ولده لم يرث ، لأن انعامه على أخيه لا يتعدى اليه ، وإن كان مولى أبيه أو جده ورث ، لأن انعامه عليه انعامه على نسله .

(فصل) فإن أعتق عبداً ثم مات وخلف اثنين ثم مات أحدهما وترك ابناً ثم مات العبد وله مال ورثه المكبر من عصبه المولى وهو الابن دون ابن الابن

لما روى الشعبي قال : قضى عمر وعلى وزيد رضى الله عنهم أن الولاء للكبير ولأن الولاء يورث به ولا يورث .

والدليل عليه ما روى جابر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم لم قال : الولاء لحمة كاحمه النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث ، فإذا ثبت أنه لا يورث ثبت أنه إنما يورث بما ثبت للمولى من الولاء فوجب أن يكون للكبير لأنه أقرب إلى المولى ، وإن مات المولى وخلف ثلاثة بنين ثم مات أحدهم وخلف ابنا ومات الثاني وخلف أربعة ومات الثالث وخلف خمسة ثم مات العبد المعتق كان ماله بين العشرة بالسوية لتساويهم في القرب ، ولو ظهر للمولى مال كان بينهم اثلاثا لابن الابن الثلث والأربعة الثلث وللخمس الثلث : لأن المال انتقل إلى أولاده اثلاثا ثم انتقل ما ورث كل واحد منهم إلى أولاده والولاء لم ينتقل إلى أولاده ، وإنما ورثوا مال العبد لقربهم من المولى الذى ثبت له الولاء وهم في القرب منه سواء فتساووا في الميراث .

(فصل) إذا تزوج عبد لرجل بمعتقة لرجل فأتت منه يولد ثبت لمولى الأم الولاء على الولد لأنه عتق باعتاق الأم فكان ولاؤه لمولاها ، فإن أعتق بعد ذلك مولى العبد عبده انجر ولواء الولد من موالى الأم إلى موالى العبد .

والدليل عليه ما روى هشام بن عروة عن أبيه قال : مر الزبير بموال لرافع ابن خديج فأعجبوه فقال لمن هؤلاء ، فقالوا هؤلاء موال لرافع بن خديج أمهم لرافع بن خديج وأببرهم عبد لفلان فاشتري الزبير أباهم فأعتقه ثم قال أنتم موالى فاختصم الزبير ورافع إلى عثمان رضى الله عنه فقضى عثمان للزبير . قال هشام : فلما كان معاوية خاصمنا فيهم أيضاً فقضى لنا معاوية . ولأن الولاء فرع للنسب والنسب معتبر بالارث ، وإنما ثبت لمولى الأم لعدم الولاء من جهة الأب كولد الملاعنة نسب إلى الأم لعدم النسب من جهة الأب ، فإذا ثبت الولاء على الأب عاد الولاء إلى موضعه كولد الملاعنة إذا اعترف به الزوج وإن أعتق جد الولد دون الأب ففي ولائه ثلاثة أرجه .

(أحدها) ينجر الولاء الى معتقه لأنه كالأب في الانتساب اليه والولاية ،
فكان كالأب في جر الولاء الى معتقه .

(والثاني) لا ينجر ، لأن بينه وبين الولد الأب فلا ينجر الولاء الى معتقه
كالأنح (والثالث) ان كان الأب حيا لم ينجر الولاء الى معتقه ، وان كان ميتا
انجر لان مع موته ليس غيره أحق ومع حياته من هو أحق ، فإن قلنا : انه ينجر
الولاء الى معتقه فانجر ثم أعتق الأب انجر من مولى الجد الى مولى الأب لأنه
أقوى من الجد في النسب وأحكامه .

(فصل) وان تزوج عبد رجل بأمة آخر فأتت منه بولد ثم أعتق السيد
الامة وولدها ثبت له عليها الولاء ، فان أعتق العبد بعد ذلك لم ينجر ولأه الولد
الى مولى العبد والفرضيون يعبرون عن علة ذلك أنه ولد مسه الرق ثم ناله العتق
والعلة في ذلك ان المعتق أنعم على الولد بالعتق فكان أحق بولائه ممن أنعم على
أبيه وتخالفت ما قبلها ، فان أحدهما أنعم على الام ، والاخر أنعم على الأب فقدم
المنعم على الأب لأن النسب اليه والولاء فرع للنسب ، وهما أحدهما أنعم على
الولد نفسه والاخر أنعم على أبيه فقدم المنعم عليه على المنعم على أبيه ، وان
تزوج عبد لرجل بجارية آخر فحملت منه ثم أعتقت الجارية وهى حامل ثبت
الولاء على الجارية وحملها ، فان أعتق العبد بعد ذلك لم ينجر الولاء الى مولاه
لما ذكرناه من العلة ، وان تزوج حر لا ولأه عليه بمعتقه رجل فأتت منه بولد لم
يثبت عليه الولاء لمولى الأم لأن الاستدामه في الأصول أقوى من الابتداء ثم
ابتداء الحرية في الأب تسقط استدামه الولاء لمولى الام فلأن تمنع استدامة الحرية
في الأب ابتداء الولاء لمولى الأم أولى ، وان تزوج عبد لرجل بمعتقه لاخر
وأولدها ولدا ثبت الولاء على الولد لمولى الام ، فان اشترى الولد أباه عتق عليه
وثبت له الولاء عليه وهل ينجر ولأه نفسه بعتق الأب فيه وجمان . أحدهما :
لا ينجر ، لأنه لا يملك ولأه نفسه ، فعلى هذا يكون ولأؤه باقيا لمولى الام .
والثاني : أنه ينجر ولأه نفسه بعتق أبيه ولا يملكه على نفسه وليكن يزيل به الولاء
عن نفسه ويصير حراً لا ولأه عليه لان عتق الأب يزيل الولاء عن معتق الام .

(فصل) اذا مات رجل وخلف اثنين وعبداً فادعى العبد أن المولى كاتبه
فصدقه أحدهما وكذبه الآخر ، فأدى إلى المصدق كتابته عتق نفسه ،
وفى ولاته وجهان :

(أحدهما) أن الولاء بينهما لأنه عتق بسبب كان من أيهما فكان الولاء بينهما
(والثاني) أن الولاء للمصدق لأن المكذب أسقط حقه بالكذب فصار كما لو
حلف أحد الاخوين على دين لا يبيها فأخذ نصفه فإن الآخر لا يشارك في نصفه
وإن تزوج المكاتب بحرة فأولدها ، فإن كان على الحرة ولأه لمعتق كان له ولأه
الولد ، فإن عتق الأب بالأداء جر ولأه ولده من معتق الأم إلى معتقه ، فإن
اختلف مولاه ومولى الأم ؛ فقال مولى المكاتب قد عتق المكاتب بالأداء وجر
إلى ولأه الولد . وقال مولى الأم لم يعتق وولأه الولد إلى نظرت فإن كان المكاتب
حيّاً عتق بإقرار سيده وانجر الولاء إلى معتقه ولا يمين عليه ولا على السيد ،
وإن كان قد مات واختلف السيد ومولى الأم ، فإن كان للسيد المكاتب بيعة
شاهدان ، أو شاهد وامرأتان ، أو شاهد ويمين قضى له لأنها بيعة على المال وإن
لم تكن له بيعة فالقول قول مولى الأم مع يمينه لأنها تيقنارق المكاتب وثبوت
الولاء لمعتق الأم فلا ينتقل عنه من غير بيعة وبالله التوفيق

قال المصنف رحمه الله تعالى :

كتاب الفرائض

الفرائض باب من أبواب العلم وتعلمها فرض من فروض الدين ، والدليل عليه ما روى ابن مسعود رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : تعلموا الفرائض وعلموها الناس ، فإنني امرؤ مقبوض ، وإن العلم سديقه بضر ، وتظهر الفتن حتى يختلف الإثنان في الفريضة فلا يجدان من يفصل بينهما ،

(فصل) وإذا مات الميت بدين من ماله بكفنه ومؤنة تجهيزه ، لما روى خباب بن الارت قال : قتل مصعب ابن عمير رضي الله عنه يوم أحد وليس له إلا نمره كنا إذا غطينا بها رأسه خرجت رجله ، وإذا غطينا رجله خرج رأسه فقال النبي صلى الله عليه وسلم : غطوا بها رأسه واجعلوا على رجله من الإذخر ولأن الميراث إنما ينتقل إلى الورثة لأنه استغنى عنه الميت وفضل عن حاجته ، والكفن ومؤنة التجهيز لا يستغنى عنه فقدم على الإرث ، ويعتبر ذلك من رأس المال لأنه حق واجب فاعتبر من رأس المال كالدين

(فصل) ثم يقضى دينه لقوله عز وجل من بعد وصية يوصي بها أو دين ولأن الدين تستغرقه حاجته فقدم على الإرث ، وهل ينتقل ماله إلى الورثة قبل قضاء الدين ، اختلف أصحابنا فيه : فذهب أبو سعيد الاصطخري رحمه الله إلى أنه لا ينتقل بل هو باق على ملكه إلى أن يقضى دينه ، فإن حدثت منه فوائد ككسب العبد وولد الأمة وتناج البهيمة تعلق بها حق الغرماء ؛ لأنه لو بيع كانت العمد على الميت دون الورثة ، فدل على أنه باق على ملكه .

وذهب سائر أصحابنا إلى أنه ينتقل إلى الورثة ، فإن حدثت منها فوائد لم يتعلق بها حق الغرماء ، وهو المذهب ، لأنه لو كان باقياً على ملك الميت لوجب أن يرثه من أسلم أو أعتق من أقاربه قبل قضاء الدين ولوجب أن لا يرثه من مات من الورثة قبل قضاء الدين .

وان كان الدين أكثر من قيمة التركة فقال الوارث أنا أفكها بقيمتها وطالب

الغرماء ببيعها ففيه وجه - ان بناء القولين فيما يفدى به المولى جنابة العبد ، أحدهما لا يجب بيعها ، لأن الظاهر أنها لا تشتري بأكثر من قيمتها ، وقد بذل الوارث قيمتها فوجب أن تقبل . والثاني : يجب بيعها ، لأنه قد يرغب فيها من يزيد على القيمة فوجب بيعها .

(فصل) ثم تنفذ وصاياه لقوله عز وجل من بعد وصية يوصي بها أو دين ولأن الثالث بقى على حكم ما ذكره ليصرفه في حاجاته فقدم على الميراث كالدين .

(الشرح) حديث عبد الله بن مسعود ذكره أحد في رواية لابنه عبد الله بسنده إلى الأحوص عن عبد الله ولفظه : تعلموا القرآن وعلومه الناس ، وتعلموا الفرائض وعلومها ، فإن امرؤ مقبوض ، والعلم مرفوع ، وبوشك أن يختلف اثنان في الفريضة والمسئلة فلا يجدان أحدا يخبرهما ،

وقد أخرجه أيضاً النسائي والحاكم والدارمي والدارقطني من رواية عوف عن سليمان بن جابر عنه ، وفيه انقطاع بين عوف وسليمان ، ورواه النضر بن شميل وشريك وغيرهما متصلاً .

وأخرجه الطبراني في الأوسط وفي إسناده محمد بن عقبة السدوسي وثقه ابن حبان وضعفه أبو حاتم ، وفيه أيضاً سعيد بن أبي كعب ، وقد ذكره ابن حبان في الثقات .

وقد أخرجه أيضاً أبو يعلى والبزار وفي إسنادهما من لا يعرف ، وقد أخرج نحوه الطبراني في الأوسط عن أبي بكر والترمذي عن أبي هريرة وحديث خباب رواه الشيخان وأحمد وأصحاب السنن إلا ابن ماجه وله طرق عن جابر وأنس وعبد الرحمن بن عوف

والفرائض جمع فريضة كجداث جمع حديثه ، وهي فعياله بمعنى مفعولة مأخوذة من الفرض وهو القطع ، يقال فرضت لفلان كذا ، أى قطعت له شيئاً من المال . وقيل هى من فرض القوس ، وهو الحز الذى فى طرفه حيث يوضع الوتر ليثبت فيه ويلزمه ولا يزول . كذا قاله الخطابي . وقبل الثاني خاص بفرائض الله تعالى وهى ما ألزم به عباده لمناسبة اللزوم لما كان الوتر يلزم محله من القوس .

وقد روى عن أبي هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه
 « تعلموا الفرائض وعلموها ، فإنها نصف العلم ، وهو ينسى ، وهو أول شيء
 ينزع من أمتي ، رواه ابن ماجه والدارقطني والحاكم .

وروى عن عمر رضى الله عنه أنه قال : إذا لهوتم قالهو بالرمي ، وإذا تحدثتم
 فتحدثوا بالفرائض ، ورواه سعيد بن منصور عن جرير عن عاصم الأحول عن
 مروق العجلي عن عمر بن الخطاب قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :
 تعلموا الفرائض واللاحن والسنة كما تعلمون القرآن .

وروى أحمد في مسنده وغيره عن جابر بن عبد الله رضى الله عنه أن امرأة
 سعد بن الربيع جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم بابنتيها من سعد فقالت :
 يا رسول الله هاتان ابنتا سعد بن الربيع قتل أبوهما معك في أحد شهيداً ، وإن
 عمهما أخذ مالهما ولا ينكحان إلا وأمهما مال ، قال : فتزلات آية الميراث فأرسل
 رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى عمهما فقال : أعط امرأة سعد الثمن وابنتي سعد
 الثلاثين وما بقي فهو لك .

وقال علقمة : إذا أردت أن تعلم الفرائض فأمت جيرانك . إذا ثبت هذا :
 فإن التوارث في الجاهلية كان بالخلف والنصرة ، فكان الرجل يقول للرجل :
 تنصرني وأنصرك وترثني وأرثك وتعتقل عني وأعتقل عنك ، وربما تحالفوا على
 ذلك ، فإذا كان لأحدهما ولد كان الحليف كأحد أولاد حليفه ، وإن لم يكن له ولد
 فإن جميع المال للحليف ، فجاء الإسلام والناس على هذا : فأقرهم الله تعالى على
 صدر الإسلام بقوله : والذين عاقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم .

وروى أن أبا بكر رضى الله عنه حالف رجلاً فمات فورثه أبو بكر ثم نسخ
 ذلك وجعل التوارث بالإسلام والهجرة ، فكان الرجل إذا أسلم وهاجر معه من
 مناسبيه دون من لم يهاجر معه من مناسبيه ، مثل أن يكون له أخ وابن مسلمان
 فهاجر معه الأخ دون الابن فيرثه أخوه دون ابنه ، والدليل عليه قوله تعالى
 « والذين آمنوا وهاجروا وجاهدوا بأموالهم وأنفسهم في سبيل الله ، والذين

آبوا ونصروا ، أولئك بعضهم أولياء بعض ، والذين آمنوا ولم يهاجروا ما لكم من ولايتهم من شيء حتى يهاجروا ، ثم نسخ ذلك ربنا عز وجل بالميراث بالرحم بقوله تبارك اسم ، وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله من المؤمنين والمهاجرين إلا أن تفعلوا إلى أوليائكم معروفاء ، وفسر الماروف بالوصية ، وقال تعالى : للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون ، فذكر أن لهم نصيباً في هذه الآية ، ولم يبين قدره ، ثم بين قدر ما يستحقه كل وارث في ثلاثة مواضع من كتابه على ما ذكره في مواضعه ان شاء الله .

وإذا تقرر هذا فان الميت اذا مات أخرج من ماله كفنه وحنوطه ومؤنة تجهيزه من رأس ماله مقدماً على دينه ووصيته ، موسراً كان أو معسراً ، وبه قال مالك وأبو حنيفة وأكثر أهل العلم .

وقال الزهري : ان كان موسراً حسب ذلك من رأس المال ، وان كان معسراً احتسب من ثلثه . وقال خـلاس بن عمرو : يحتسب من ثلثه بكل حال . دليلنا ما روى خباب في الحديث الذي ساقه المصنف ولم يسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ثلث ماله ، وروى أن الرجل الذي قضى وهو محرم ، قال النبي صلى الله عليه وسلم : كفنوه في ثوبيه اللذين مات فيهما ، ولم يعتبر الثلث ، ولأن الميراث إنما نقل إلى الورثة لاستغناء الميت عنه ، وهذا غير ما استقر من كفنه ومؤنة تجهيزه ، فقدم على الارث ثم يقضى دينه — ان كان عليه دين ثم تخرج وصاياه لقوله تعالى : من بعد وصية يوصي بها أو دين ، واجمعت الأمة على أن الدين مقدم على الوصية ، وهل ينتقل ماله إلى ورثته قبل قضاء الدين ؟ اختلف أصحابنا فيه فذهب أكثرهم إلى أنه ينتقل اليهم قبل قضاء الدين .

وقال أبو سعيد الاصطخري : لا ينتقل اليهم حتى يقضى الدين ، هكذا ذكر الشيخان أبو حامد الاسفراييني وأبو اسحاق المروزي عن أبي سعيد من غير تفصيل ، وأما ابن الصباغ فحكى عنه : ان كان الدين لا يحيط بالتركة لم يمنع الدين من انتقال المال إلى الورثة الا بقدره ، واحتج بأنه لو بيع شيء من ماله بعد موته لكانت العهدة على الميت دون الورثة ، فدل على بقاء ملكه .

فعلى هذا اذا حدث من المال فوائد أو نماء قبل الدين كان ذلك ملكاً للميت فيقضى منه دينه ، وينفذ منه وصاياه .

وقال أبو حنيفة : ان كان الدين يحيط بالتركة منع انتقال الملك الى الورثة وان كان الدين لا يحيط بالتركة لم يمنع انتقال الملك الى الورثة بحال ، لقوله تعالى « ولَكُمْ نَصَبٌ مَّا تَرَكَ آؤُزَاجُكُمْ الْآيَةُ ، وَلَمْ يَفْرَقْ ، وَلَآئِهٖ لَا خِلَافُ اَنْ رَّجُلًا مَاتَ وَخَلَفَ ابْنَيْنِ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ فَتَرَا أَحَدُهُمَا قَبْلَ قَضَاءِ الدِّينِ ، وَخَلَفَ ابْنًا ثُمَّ أَرَأَى مِنْ لِهٖ الدِّينِ الْمَيِّتَ عَنْ الدِّينِ ، فَإِنْ تَرَكَ مِنْ عَلَيْهِ الدِّينِ تَقْسِمَ بَيْنَ الْإِبْنِ وَابْنِ الْإِبْنِ ، فَلَوْ كَانَ الدِّينُ يَمْنَعُ اَنْتِقَالَ الْمَلِكِ اِلَى الْوَرِثَةِ لَكَانَتْ التَّرِكَةُ لِلْإِبْنِ وَحْدَهُ ، فَعَلَى هَذَا اَوْ حَصَلَ مِنَ التَّرِكَةِ فَوَائِدٌ قَبْلَ قَضَاءِ الدِّينِ فَإِنَّمَا لِلْوَرِثَةِ ، لَا يَتَعَلَّقُ بِهَا حَقُّ الْغُرْمَاءِ وَلَا الْوَصِيَّةُ ، وَإِنْ كَانَ الدِّينُ أَكْثَرَ مِنَ التَّرِكَةِ : فَقَالَ الْوَارِثُ أَنَا أَدْفَعُ قِيَمَةَ التَّرِكَةِ مِنْ مَالِي وَلَا تَبْعَ التَّرِكَةِ ، وَطَلَبَ الْغُرْمَاءُ بَيْعَهَا ، فَهَلْ يَجِبُ بَيْعُهَا ؟ فِيهِ وَجْهَانِ إِنْ بَنَى عَلَى الْعَبْدِ الْجَانِي إِذَا بَذَلَ سَيِّدُهُ قِيَمَتَهُ وَطَلَبَ الْجَنَى عَلَيْهِ بَيْعَهُ : وَكَانَ الْأَرْضُ أَكْثَرَ مِنْ قِيَمَتِهِ ، فَهَلْ يَجِبُ بَيْعُهُ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ثم تقسم التركة بين الورثة والأسباب التي يتوارث بها الورثة المأمنون ثلاثة : رحم ، وولاء ، ونكاح ، لأن الشرع ورد بالارث بها ، وأما المواخاة في الدين والمواخاة في النصرة والارث فلا يورث بها ، لان هذا كان في ابتداء الاسلام ثم نسخ بقوله عز وجل « وَأَوَّارُوا الْأَرْحَامَ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ » .

(فصل) والوارثون من الرجال عشرة الابن وابن الابن وان سفل ، والاب والجد أبو الاب وان علا ، والاخ وابن الاخ والعم وابن العم والزوج ومولى النعمة ، والوارثات من النساء سبع : البنت وبنت الابن والام والجددة والاخت والزوجة ومولاة النعمة ، لأن الشرع ورد بتوريثهم على ما ذكره ان شاء الله تعالى .

فأما ذوو الأرحام وهم الذين لا فرض لهم ولا تعصيب فانهم لا يرثون ،
 وهم عشرة : ولد البنات وولد الأخوات وبنات الإخوة وبنات الأعمام وولد
 الأخوة من الأم والعم من الأم والعمة والحال والحالة والجد أبو الأم ومن يدلي
 بهم . والدليل عليه ما روى أبو أمامة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم
 قال : إن الله تعالى أعطى كل ذي حق حقه ، ولا وصية لوارث ،

فأخبر أنه أعطى كل ذي حق حقه ، فدل على أن كل من لم يعطه شيئاً فلا
 حق له : ولأن بنت الأخ لا ترث مع أخيها فلم ترث كبنت المولى ، ولا يرث
 العبد المعتقد من مولاه لما ذكرناه من حديث أبي أمامة ، ولقوله صلى الله عليه
 وسلم : إنما الولاء لمن أعتق ،

(الشرح) حديث أبي أمامة الأول مضمي تخريجهم والكلام عليه في كتاب
 الوصايا ، وأما الحديث الثاني ، الولاء لمن أعتق ، فهو من حديث عائشة عند أحمد
 والبخاري ومسلم ولفظه : أن بريرة جاءت تستعينها في كتابتها ، ولم تكن قضت
 من كتابتها شيئاً ، فقالت لها عائشة : ارجعي إلى أهلك ، فإن أحبوا أن أفضي
 عنك كتابتك ويكون ولاؤك لي فعلت ، فذكرت بريرة ذلك لأهلها فأبوا وقالوا
 إن شاءت أن تحتسب عليك فلتفعل ويكون لنا ولاؤك ، فذكرت ذلك لرسول الله
 صلى الله عليه وسلم ، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : ابتاعني فأعتق ،
 فأنما الولاء لمن أعتق ، ثم قام فقال : ما بال أناس يشترطون شروطاً ليست في
 كتاب الله تعالى ، من اشترط شرطاً أبس في كتاب الله فليس له وإن شرطه مائة
 مرة ، شرط الله أحق وأوثق ،

أما الأحكام فانه يصرف مال اليتيم بعد قضاء الدين وإخراج وصيته إلى
 ورثته . والارث ضربان : عام وخاص ، فأما العام فهو أن يموت رجل من
 المسلمين ولا وارث له خاص ، فإن ماله ينتقل إلى المسلمين ارثاً بالتعصيب ،
 يستوى فيه الذكر والأنثى ، وهل يدخل فيه العامل ؟ فيه وجهان

وأما الارث الخاص فيكون بأحد أمرين بسبب أو نسب ، فأما السبب فينقسم
 قسمين ولأولهما ونكاح : فأما الولاء فقد مضى بيانه ، وأما النكاح فهو ارث أحد

الزوجين من الآخر على ما يأتي بيانه . وأما النسب فهم الوارثون من القرابة من الرجال والنساء ، فالرجال المجمع على توريثهم خمسة عشر ، منهم أحد عشر لا يرثون الا بالتعصيب . وهم الابن وابن الابن وان سفل والاخ للأب والام ، والاخ للأب ، وابن الاخ للأب والام ، وابن الاخ للأب ، والعم للأب والام والعم للأب ، وابن العم للأب ، والمولى المنعم . فكل هؤلاء لا يرث واحد منهم فرضاً وانما يرث تعصيباً ، الا الاخ للأب والام فانه يرث بالفرض في التركة على ما ذكره . واثنان من الرجال الوارثين تارة بالفرض وتارة بالتعصيب ، وهما الاب والجدة أبو الاب وان علا . واثنان لا يرثان الا بالفرض لا غير . وهما الاخ للام والزوج .

وأما النساء المجمع على توريثهن فعشر : وهي الابنة وابنة الابن وان سفلت والام والجدة أم الاب والاخت للأب والاخت للام والزوجة والمولاة المنعمة فأربع منهن يرثن تارة بالفرض وتارة بالتعصيب ، وهن الابنة ، وابنة الابن ، والاخت للأب والام والاخت للأب ، والاخت للام ، والزوجة . واحدة منهن لا ترث الا بالتعصيب وهي المولاة المنعمة

والورثة من الرجال والنساء ينقسمون ثلاثة أقسام : قسم يدلي بنفسه ، وقسم يدلي بغيره ، وقسم يدلي بنفسه وقد يدلي بغيره . فأما القسم الذي يدلي بنفسه فهم ستة . الاب والام والابن والابنة والزوج والزوجة وهؤلاء لا يجربون بحال . وأما القسم الذي يدلي بغيره فهو من عدا من ذكر من القرابات وقد يجربون . وأما القسم الذي يدلي بنفسه مرة وبغيره أخرى فهو من يرث بالولاء ، وقد يجرب أيضاً ، وقد ورد الشرع بتوريث جميع من ذكرنا على ما يأتي بيانه .

وأما ذوو الارحام ، وهم ولد البنات وولد الاخوات ، وبنات الاخوة وواد الاخوة للام ، والخال والخاله ، والعمة والعم للام وبنات الاعمام وكل أحد بينه وبين الميت أم ، ومن يدلي بها ولأهله .

فاختلف أهل العلم في توريثهم على ثلاثة مذاهب ، فذهب الشافعي رضي الله عنه الى أنهم لا يرثون بحال . وبه قال في الصحابة زيد بن ثابت وابن عمر وهما أحدي الروايتين عن عمر ، ومن الفقهاء الزهري ومالك الاوزاعي وأهل الشام وأبو ثور

وذهب طائفة إلى أنهم يرثون ويشهدون على الموالى والرد ، ذهب إليه من الصحابة على بن أبي طالب وابن مسعود ومعاذ وأبو الدرداء وهو الصحيح عن عمر ، وذهب النووي وأبو حنيفة إلى أن ذوى الأرحام يرثون ؛ ولكن يقدم عليهم المولى والرد ؛ فإن كان له مولى منعم ورث ، وإن لم يكن له منعم - وهناك من له فرض كالابنة والأخت - كان الباقي لصاحب الفرض بالرد ، وإن لم يكن هناك أحد من أهل الفروض ورث ذوى الأرحام ، وبه قال بعض أصحابنا إن لم يكن هناك إمام عادل ، وهي إحدى الروايتين عن علي كرم الله وجهه إلا أنها رواية شاذة ، ولا سند لأبي حنيفة في مذهبه غير هذه الرواية الشاذة .

دللنا ما روى أبو أمامة الباهلي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إن الله تعالى قد أعطى لكل ذي حق حقه الحديث ، فظاهر النص يقتضى أنه لا حق في الميراث لمن لم يعطه الله شيئاً ، وجميع ذوى الأرحام لم يعطهم الله في كتابه شيئاً فثبت أنه لا ميراث .

وروى أبو سلمة عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن ميراث العمة والحالة فقال : لا أدري حتى يأتي جبريل ، ثم قال : أين السائل عن ميراث العمة والحالة ؟ أتاني جبريل فسارني أن لا ميراث لهما .

وروى عطاء بن يسار عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يأتي قباه على حمار أو حمارة يستخير الله في ميراث العمة والحالة ، فأنزل الله عز وجل وأن لا ميراث لهما ، ولأن كل من لم ترث مع من هو أبعد لم يرث إذا انفرد كابنة المولى ، لأن ابنة المولى لما لم ترث مع ابن المولى وهو أبعد منها لم ترث أيضاً إذا انفردت كذلك ، ولهذا لم ترث مع ابن العم وهو أبعد منها ، ولم ترث أيضاً إذا انفردت ، ولأن ابنة الأخ لما لم ترث مع أختها لم ترث إذا انفردت كابنة المولى وعكسه الابنة والأخت فانهما لما ورثتا مع أخيهما ورثتا إذا انفردتا .

(فرع) مولى الموالاة لا يرث عندنا وهو أن يقول رجل لآخر : واليتك على أن ترثي وأرثك وتنصرني وأنصرك وتعقل غنى وأعقل عنك ولا يتعلق بهذه الموالاة عندنا حكم ارث ولا عقل ولا غيره ، وبه قال زيد بن ثابت ومن التابعين

الحسن البصري والشعبي ومن الفقهاء الأوزاعي ومالك ، وذهب النخعي الى أن هذا العقد يلزم بكل حال ويتعلق به التوارث والعقل ولا يكون لأحدهما فسخه بحال ، وقال أبو حنيفة مولى الموالاة يرث ولكنه يؤخر عن المناسبين والموالاة وهي عقد جائز لكل واحد منهما فسخه ما لم يعقل أحدهما عن الآخر ، فإذا عقل لزمه ذلك ولم يكن له سبيل الى فسخه .

دليلنا حديث بريرة د الولاء لمن أعتق ، فجعل حسن الولاء للعتق فلم يبق لولاء يثبت لغيره لأن كل سبب لم يورث به مع وجود النسب لم يورث به مع فقدده قالوا سلم رجل على يد رجل ، ولأن عقد الموالاة لو كان سبباً يورث به لم يجوز فسخه وإبطاله كالنسب والولاء .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ولا يرث المسلم من الكافر ولا الكافر من المسلم أصلياً كان أو مرتداً لما روى أسامة بن زيد رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم ويرث الذمي من الذمي ، وإن اختلفت أديانهم كاليهودى من النصراني والنصراني من المجوسى ، لأنه حقن دمه بسبب واحد فورث بعضهم من بعض كالمسلمين ، ولا يرث الحربى من الذمي ولا الذمي من الحربى ، لأن الموالاة انقطعت بينهما فلم يرث أحدهما من الآخر كالمسلم والكافر .

(فصل) ولا يرث الحر من العبد ، لأن ما معه من المال لا يملكه في أحد القوانين ، وفي الثانى : يملكه مملوكاً ضعيفاً ، ولهذا لو باعه رجع الى ماله فكذلك اذا مات ولا يرث العبد من الحر لأنه لا يرث بحال فلم يرث كالمتردد ، ومن نصفه حر ونصفه عبد لا يرث ، وقال المزنى : يرث بقدر ما فيه من الحرية ويحجب بقدر ما فيه من الرق ، والدليل على أنه لا يرث أنه ناقص بالرق في الشكاح والطلاق والولاية ، فلم يرث كالعبد ، وهل يورث منه ما جمعه بالحرية ؟ فيه قولان : قال فى الجديد : يرثه ورثته ، لأنه مال مملكه بالحرية فورث عنه كمال الحر . وقال فى القديم : لا يورث لأنه اذا لم يرث بحريته لم يورث بها ، وما الذى

يصنع بماله . قال الشافعي رضي الله عنه : يكون لسيده . وقال أبو سعيد
الاصطخري : يكون لبیت المال ، لأنه لا يجوز أن يكون لسيده لأنه جمعه بالحرية
فلا يجوز أن يورث لرقه ، لجعل لبیت المال ليصرف في المصالح كال لا مالك له .
(فصل) ومن أسلم أو أعتق على ميراث لم يقسم لم يرث لأنه لم يكن وارثاً
عند الموت فلم يرث ، كما لو أسلم أو أعتق بعد القسمة . وإن دبر رجل أخاه فعنق
بموته لم يرثه ، لأنه صار حراً بعد الموت ، وإن قال له أنت حر في آخر جزء من
أجزاء حياتي المتصل بالموت ، ثم مات عتق من ثلثه ، وهل يرثه ؟ فيه وجهان
(أحدهما) لا يرثه لأن العتق في المرض وصية ، والارث والوصية لا يجتمعان
(والثاني) يرثه ولا يكون عتقه وصية ، لأن الوصية ملك بموت الموصي ، وهذا
لم يملك نفسه بموته .

وإن قال في مرضه : إن مت بعد شهر فانت اليوم حر ، فمات بعد شهر عتق
يوم تلفظ ، وهل يرثه ؟ على الوجهين

(الشرح) حديث أسامة رواه أحمد والبخاري وأبو داود والترمذي وابن
ماجه . وفي رواية عند الشيخين قال : يا رسول الله أتزل غداً في دارك بمكة ؟
قال : وهل ترك لنا عقيل من رباع أو دور . وكان عقيل ورث أبا طالب هو
وطالب ، ولم يرث جعفر ولا علي شيئاً ، لأنهما كانا مسلمين ، وكان عقيل
وطالب كافرين ،

الاحكام : لا يرث الكافر من المسلم بلا خلاف ، وأما المسلم فلا يرث الكافر
عندنا ، وبه قال علي وزيد بن ثابت وهو قول الفقهاء كافة .

وقال معاذ ومعاوية : يرث المسلم من الكافر ، دليلنا حديث أسامة بن زيد
وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم لم قال :
لا يتوارث أهل ملتين شيئاً ، والاسلام والكفر ملتان شقي فوجب أن لا يتوارثا
ويرث الكافر من الكافر إذا اجتمعا في الذمة أو في الحرب ، فيرث اليهودي من
النصراني والعكس وكذا المجوسي إذا جمعتهما الذمة أو كانوا حرباً لنا .
فأما أهل الحرب وأهل الذمة فإنهم لا يتوارثون ، وإن كانوا من اليهود أو

النصارى . وبه قال من الصحابة عمر وعلي وزيد بن ثابت . ومن الفقهاء مالك
والثوري وأبو حنيفة . هذا نقل أصحابنا البغداديين . وقال المسعودي : الذي هل
يرث الحربى ؟ فيه قولان ، أحدهما يرثه ، لأن ملتهما واحدة ، والثانى : لا يرثه
لأن حكمنا لا يجرى على الحربى . هذا مذهبنا . وذهب الزهرى والأوزاعى
وابن أبى ليلى وأحمد وإسحاق إلى أن اليهودى لا يرث من النصرانى وكذلك العكس
وإن جمعهم الملة ، وإنما يرث النصرانى من النصرانى واليهودى من اليهودى ، كما
يرث أهل الحرب بعضهم بعضاً إذا تحاكموا إلينا ؛ وإن اختلفت دارهما وكان
بعضهم يرى قتل بعض ، وحكم من دخل إلينا بأمان أو تجارة أو رسالة حكم أهل
الذمة ويرث بعضهم من بعض ، ومتى كانت امرأة الكافر ذات رحم منه من نسب
أو رضاع لم يتوارثا بالنكاح ، وإن كانت غير ذات رحم محرم منه لو أسلمت أقرأ على
نكاحهما وتوارثا بالنكاح ، وإن عقدا بغير ولى ولا شهود

(فرع) قال الشافعى : وميراث المرتد لبيت المال . قال العمرانى : وجملة ذلك
أن العلماء اختلفوا فى الارث بعد موته على أربعة مذاهب ، فذهب الشافعى
رحمه الله إلى أن ماله لا يورث بل يكون فيئاً لبيت المال . سواء فى ذلك ما اكتسبه
فى حال إسلامه أو فى حال رده ، وسواء قلنا إن ملكه يزول أو لا يزول أو
موقوف . وبهذا قال ابن عباس وهى إحدى الروايتين عن علي وبه قال الأوزاعى
وأبو يوسف ومحمد ، وذهب قتادة وعمر بن عبد العزيز إلى أن ماله يكون لأهل
الذمة التى انتقل إليها ، فإن انتقل إلى اليهود كان ماله لهم . وإن انتقل إلى النصارى
كان ماله لهم .

وقال أبو حنيفة والثورى : ما اكتسبه قبل الردة ورث عنه ، وما اكتسبه
بعد الردة يكون فيئاً . ودليلنا حديث أسامة فى الفصل : والمرتد كافر ، ولأنه
لا يرث بحال فلم يورث كالكافر ، والجواب على أبى حنيفة هو أن من لم يرث
المسلم ما اكتسبه فى حالة إباحة دمه لم يرث ما اكتسبه فى حال حقن دمه كالذمى
إذا لحق بدار الحرب . إذا ثبت هذا فهل يخمس مال المرتد ؟ فيه قولان يأتیان .
(فرع) إذا مات العبد وفى يده مال لم يرثه قرابته الأحرار ، لأن من الناس

من يقول : انه لا يملك المال ، ومنهم من قال انه يملكه اذا ملكه السيد ، وهذا ملك ضعيف يزول بزوال ملك سيده . وأما من نصفه حر ومن نصفه عبد فهو على وجهه مما أورده المصنف

أما اذا مات مسلم حر وخلف أولاداً أحراراً مسلمين وأولاداً مملوكين ورثه الأولاد المسلمون الأحرار ، فإن أسلم الكفار أو أعتق العبيد بعد قسمة الميراث لم يشاركوا في الارث بلا خلاف ، وإن أسلموا أو عتقوا بعد موت أبيهم وقبل قسمة تركته لم يشاركوا في الميراث عندنا ، وبه قال أكثر أهل العلم . وقال أكثر أهل العلم : اذا أسلموا أو عتقوا بعد موت أبيهم وقبل قسمة تركته لم يشاركوا في الميراث عندنا وبه قال أكثر أهل العلم . وقال عمر وعثمان رضي الله عنهما : اذا أسلموا أو عتقوا قبل القسمة شاركوا في الارث . دليلنا أن كل من لم يرث حال الموت لم يرث بعد ذلك ، كما لو أسلم أو أعتق بعد القسمة

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) واختلاف أصحابنا فيمن قتل مورثه فمنهم من قال : ان كان القتل مضموناً لم يرثه لأنه قتل بغير حق وإن لم يكن مضموناً ورثه لأنه قتل بحق فلا يحرم به الارث . ومنهم من قال : ان كان متهماً كالخطيء أو كان حاكماً فقتله في الزنا بالبينة لم يرثه لأنه متهم في قتله لاستعجال الميراث ، وإن كان غير متهم بأن قتله بإقراره بالزنا ورثه لأنه غير متهم لاستعجال الميراث . ومنهم من قال لا يرث القاتل بحال ، وهو الصحيح لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي (ص) قال لا يرث القاتل شيئاً ، ولأن القاتل حرم الارث حتى لا يجعل ذريعة الى استعجال الميراث فوجب أن يحرم بكل حال لحسم الباب

(الشرح) حديث ابن عباس رواه الدارقطني وفي اسناده كثير من مسلم وهو ضعيف ، وعند البيهقي حديث آخر بلفظ : من قتل قتيلاً فإنه لا يرثه . وإن لم يكن له وارث غيره . وفي اسناده عمرو بن برق وهو ضعيف . وعن أبي هريرة عند الترمذي وابن ماجه ، والقاتل لا يرث ، وفي اسناده اسحاق بن عبد الله بن أبي فروة تركه أحمد وغيره وأخرجه النسائي في السنن الكبرى وقال : اسحاق متروك

ورواه أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، لا يرث القاتل شيئاً ، وأخرجه النسائي وأعله ، والدارقطني وقواه ابن عبد البر . ورواه مالك في الموطأ وأحمد وابن ماجه والشافعي وعبد الرزاق والبيهقي عن عمر : سمعت النبي (ص) يقول : ليس لقاتل ميراث ، وفي سنده انقطاع . وقال البيهقي : ورواه محمد بن راشد عن سليمان بن موسى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً ، قال الحافظ بن حجر : وكذا أخرجه النسائي من وجه آخر عن عمر وقال : انه خطأ وأخرجه ابن ماجه والدارقطني من وجه آخر عن عمر أيضاً

أما الأحكام : فقد قال الشافعي رضي الله عنه : والقاتلون عمداً أو خطأ لا يرثون ، وجملة ذلك أن العلماء اختلفوا في ميراث القاتل من المقتول ، فذهب الشافعي الى أن القاتل لا يرث المقتول لا من ماله ولا من دينه ، سواء قتله عمداً أو خطأ أو مباشرة أو بسبب مصلحة ، كسقي الدواء أو ربط الجرح أو لغير مصلحة متها كان أو غير متهم ، وسواء كان القاتل صغيراً أو كبيراً ، عاقلاً أو مجنوناً ، وبه قال عمر بن الخطاب وابن عباس وعمر بن عبد العزيز وأحمد بن حنبل . وقال أبو إسحاق المروزي من أصحابنا : إذا كن القاتل غير متهم بأن كان حاكماً لجاء مورثه فأقر عنده بقتل رجل عمداً وطلب وليه القود ، فكنته الحاكم من قتله ، أو اعترف عندنا بالزنا وهو محصن فرجحه أو اعترف بفعل الحرابة فقتل فإنه يرثه لأنه غير متهم في قتله .

ومن أصحابنا من قال : إن كان القتل مضموناً لم يرث القاتل لأنه قتل بغير حق ، وإن كان غير مضمون بأن قتله قصاصاً أو في الزنا أو كان باغياً فقتله العادل وما أشبه ذلك ورث ، لأنه قتل بحق فلا يمنع الإرث . وقال عطاء وابن المسيب ومالك والاوزاعي أن كان القتل عمداً لم يرث القاتل لا من ماله ولا من دينه . وإن كان القتل خطأ ورث ماله ولم يرث من دينه . وقال أبو حنيفة وأصحابه إن قتل بمباشرة فلا يرثه سواء قتله عمداً أو خطأ إلا أن كان القاتل صبياً أو مجنوناً أو عادلاً فقتل الباغى فإنهم يرثون ، وإن قتله بسبب ، مثل أن حفر بئراً أو نصب سكيناً فوق علبها مورثه أو كان يقود دابة أو يسرق فأفرسته فإنه يرثه وإن كان راكباً للدابة فرفسته مورثه أو وطئته فمات فقال أبو حنيفة لا يرثه ،

وقال أبو يوسف ومحمد يرثه . أما نحن فدليلنا ما روينا من حديث ابن عباس ولا يرث القاتل شيئا ، وحديث عمر وحديث أبي هريرة وحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وكلامنا نصوص في أن القاتل لا يرث . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) واختلف قول الشافعي رحمه الله فيمن بت طلاق امرأته في المرض المخوف واتصل به الموت ، فقال في أحد القولين إنها ترثه لأنه متم في قطع أرثها فورثت ؛ كالقاتل لما كان متهما في استعجال الميراث لم يرث . والثاني أنها لا ترث وهو الصحيح ، لأنها بينونة قبل الموت فقطعت الارث كالطلاق في الصحة ، فإذا قلنا إنها ترث قبل أي وقت ترث ؟ فيه ثلاثة أقوال ، أحدها ان مات وهي في العدة ورثت لأن حكم الزوجية باق ؛ وان مات وقد انقضت العدة لم ترث لأنه لم يبق حكم الزوجية . والثاني أنها ترث ما لم تتزوج ، لأنها اذا تزوجت علمنا أنها اختارت ذلك ، والثالث أنها ترث أبدا ، لأن توريثها للفرار ، وذلك لا يزول بالنزوح فلم يبطل حقا .

وأما اذا طلقها في المرض ومات بسبب آخر لم ترث لأنه بطل حكم المرض ، وان سألته الطلاق لم ترث لأنه غير متم . وقال أبو علي بن أبي هريرة ترث لان عثمان بن عفان رضي الله عنه ورث تماضر بنت الاصمغ من عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه وكانت سألته الطلاق ، وهذا غير صحيح . فإن ابن الزبير خالف عثمان في ذلك ، وان علق طلاقها في الصحة على صفة تجوز ان توجد قبل المرض فوجدت الصفة في حال المرض لم ترث ، لأنه غير متم في عقد الصفة ، وان علق طلاقها في المرض على فعل من جهتها ، فإن كان فعلا يمكنها تركه ففعلت لم ترث لأنه غير متم في ميراثها ، وان كان فعلا لا يمكنها تركه كالهلاة وغيرها فهو على القولين ، وان قذفها في الصحة ثم لاعنها في المرض لم ترث ؛ لأنه مضطر الى اللعان لدرك الحد فلا تلحقه التهمة ، وان فسخ نكاحها في مرضه بأحد العيوب ففيه وجهان ، أحدهما انه كالطلاق في المرض ، والثاني انها لا ترث لأنه يستند الى معنى من جهتها ولأنه محتاج الى الفسخ لما عليه من الضرر في المقام معها على العيب

(فصل) وإن طلقها في المرض ثم صح ثم مرض ومات ، أو طلقها في مرض ثم ارتدت ثم عادت إلى الاسلام ثم مات لم ترثه قولا واحداً لأنه أتت عليها حالة أو مات سقط إرثها فلم يعد .

(الشرح) إذا طلق الرجل امرأته في مرض موته وقع الطلاق رجعيًا فمات وهي في العدة أو ماتت قبله في العدة ورث أحدهما صاحبه بلا خلاف أيضاً ، لأن الرجعية حكمها حكم الزوجة إلا في إباحة وطئها ، وهي كالخائض ، وإن كان الطلاق بائناً ، فإن ماتت قبل الزوج لم يرثها الزوج وهو إجماع أيضاً لا خلاف فيه ، فإن مات الزوج قبلها فهل ترثه ؟ فيه قولان .

قال في القديم : ترثه ، وبه قال عمر وعثمان وعلي ، ومن الفقهاء شعبة ومالك والاوزاعي والليث وسفيان بن عيينة وسفيان الثوري وابن أبي ليلى وأبو حنيفة وأصحابه وأحمد ، ووجه هذا ما روى أن عمر قال : الميتة في حال المرض ترث من زوجها ، وروى أن عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته تمار بنت أصبع الكلبية في مرض موته فورثها منه عثمان بن عفان ، وروى أن عثمان لما حصر طلق امرأته فورثها منه علي بن أبي طالب وقال : قد كان أشرف على موت ، ولأنه متهم في قطع ميراثها فغلظ عليه وورثت منه كالقاتل لما كان متهماً في القتل لاستعجال الميراث غلظ عليه فلم يرث .

وقال في الجديد : لا ترثه ، وبه قال عبد الرحمن بن عوف وابن الزبير وأبو ثور وهو الصحيح ، لأنها فرقة يقطع ميراثه منها فقطعت ميراثها عنه كما أباها في حال الصحة وعكسه الرجعية ، ولأنها فرقة لو وقعت في الصحة لقطعت ميراثها عنه فإذا وقعت في المرض قطعت ميراثها عنه كاللعان ، ولأنها ليست بزوجة له بدليل أنه لا يلحقها طلاقه ولا إيلائه ولا ظهاره ولا عدة وفاته فلم ترثه كالأجنبية .
وأما ما روى عن عمر وعثمان وعلي ، فإن ابن الزبير وعبد الرحمن بن عوف خالفاه في ذلك فقال ابن الزبير : أما أنا فلا أرى أن ترث ميتة ، وعبد الرحمن ابن عوف إنما طلق امرأته في مرض موته ليقطع ميراثها عنه ، فإذا قلنا في الجديد فلا نفرع عليه ، وإن قلنا بقوله القديم قال : متى ترثه ؟ فيه ثلاثة أقوال ،

أحدهما : ترثه ما دامت في عدتها منه ، فإذا انقضت عدتها لم ترثه : وبه قال أبو حنيفة وسفيان والليث والأوزاعي وإحدى الروایتين عن أحمد ، لأن الميراث للزوجة إنما يكون لزوجة أو لمن هي في حكم الزوجات ، فما دامت في عدتها منه فهي في حكم الزوجات .

والثاني : أنها ترثه ما لم تتزوج بغيره ، فإذا تزوجت بغيره لم ترثه ، وبه قال ابن أبي ليلى ، وهي الرواية الصحيحة عن أحمد ، لأن حقها قد ثبت في ماله ، فإذا لم يسقط ببينوتها لم يسقط بانقضاء عدتها ، وإنما يسقط برضاها ، فإذا تزوجت فقد رضيت بفراقه وقطع حقها عنه .

والثالث : أنها ترثه أبداً سواء تزوجت أو لم تتزوج ، وبه قال مالك لأنها قد ثبت لها حق في ماله فلم ينقص بانقضاء عدتها ولا بتزويجها كغيرها .

(فرع) إذا أقر في مرض موته أنه قد كان طلق إمرأته في صحته ثلاثاً بآنت منه ، قال الشيخ أبو حامد : ولا ترثه قولاً واحداً ، لأن ما أقر به في مرض موته وإضافته إلى الصحة كالذي فعله في الصحة كما لو أقر في مرض موته أنه كان وهب ماله في صحته وأقبضه ، فإن ذلك لا يعتبر من النكاح .

وحكى القاضي أبو الطيب عن بعض أصحابنا في ذلك قواين كما لو طلقها ثلاثاً في مرض موته لأنه منهم في إسقاط حقها فلم يسقط بدليل أنه لا يسقط بهذا الإقرار نفقتها ولا سداها في حال النكاح وإن أضاف ذلك إلى وقت ماض .

(فرع) إذا كان الرجل مريضاً فسأله إمرأته أن يطلقها ثلاثاً ومات في مرضه ذلك ، أو قال لها في مرض موته : أنت طالق ثلاثاً إن شئت ، فقالت : شئت ، طلقت ، وهل ترثه ؟ اختلف أصحابنا فيه ، فقال أبو علي بن أبي هريرة : هي على القولين ، لأن الأصل في هذا قصة عثمان في توريثه تماضر زوجها عبد الرحمن بن عوف في مرض موته ، وقد كانت سأله الطلاق .

وقال الشيخ أبو حامد : لا ترثه قولاً واحداً ، وهو المذهب لأنهم إذا سأله الطلاق فلا تهمة عليه في طلاقها ، وأما قصة تماضر لا حجة فيها لأن عبد الرحمن قال لنسائه : من أخبرت منكم أن أطلقها طلقتها ، فقالت تماضر : طلقني ،

فقال لها : اذا حضت فأعلميني فأعلمته فطلقها . وليس طلاقه لها في هذا الوقت جواباً لكلامها لأن قولها طلقني يقتضي الجواب في الحال ، فاذا تأخر ثم طلقها كان ذلك ابتداء طلاق .

وان سألته في مرض موته أن يطلقها واحدة فطلقها ثلاثاً ثم مات فهل ترثه فيه قولان ، لأنها سألته تطليقها فاذا طلقها ثلاثاً صار متمماً بذلك لأنه قصد قطع ميراثها ، فصار كما لو طلقها ثلاثاً ابتداء من غير سؤالها .

(فرع) اذا علق المريض طلاق امرأته ثلاثاً بصفة ثم وجدت تلك الصفة في مرضه ومات : فهل ترثه ؟ نظرت فان كان صفة لها منه بد مثل أن قال لها : ان دخلت الدار أو خرجت منها أو كلمت فلانا أو صليت النافلة أو صمت النافلة فانت طالق ثلاثاً ، ففعلت ذلك في مرض موته لم ترثه قولاً واحداً ، لأنها اذا فعلت ذلك مع علمها بالطلاق فقد اختارت وقوع الطلاق عليها بما لها منه بد فصارت كما لو سألته الطلاق ، وان كانت صفة لا بد منها بأن قال : ان تنفست أو صليت الفرض أو كلمت أباك أو أمك فانت طالق ثلاثاً ففعلت ذلك في مرض موته ومات فهل ترثه ؟ على القولين لأنها لا بد لها من فعل هذه الأشياء فصارت كما لو طلقها ثلاثاً طلاقاً منجزاً .

وقال الشيخ أبو حامد : ان قال لها ان مرضت فانت طالق ثلاثاً فمات في مرضه فيه قولان ، لأنه لما جعل مرض موته شرطاً في وقوع الطلاق عليها كان متمماً في ذلك ، فان قال لها وهو صحيح : ان جاء رأس الشهر أو جاء الحاج أو طلعت الشمس وما أشبه ذلك فانت طالق ثلاثاً ، فوجدت هذه الصفات في مرض موته فهل ترثه ، قال البغداديون من أصحابنا : لا ترثه قولاً واحداً لأنه غير متمم في ذلك ، لان اتفاق ذلك في مرضه مع هذه الصفات لم يكن من قصده . أما اذا قال أنت طالق ثلاثاً قبل موتي بشهر ، فان عاش هذا الزوج بعد هذا القول أقل من شهر ثم مات لم يحكم بوقوع الطلاق لانا لا نحكم بوقوعه قبل محله ، وان عاش بعد ذلك شهراً ومات مع الشهر لم يقع الطلاق لأن الطلاق انما يقع عقيب الإيقاع بمأمعه ، وان عاش شهراً واحداً طلقت قبل موته بشهر .

قال الشيخ أبو حامد : وهل ترثه ، فيه قولان لأنه متهم في ذلك ، ثم إنه بذلك منعها من الميراث .

(فرع) إذا طلقها ثلاثاً في مرضه ، ثم صح ثم مرض ثم مات فإياها لا ترثه قولاً واحداً ، لأنه قد تخال بين المرض والموت حالة لو طلقها ثلاثاً فيهما لم ترث شيئاً ، فكذلك إذا طلقها قبل تلك الحالة فوجب أن لا ترث ، وهكذا إذا طلقها في مرض موته ثلاثاً ثم ارتد الزوج أو الزوجه ، ثم رجعا ثم مات الزوج لم ترثه قولاً واحداً .

(فرع) إذا طلق إمرأته في الصحة ثم لاعنها في مرض موته لم ترثه قولاً واحداً لأنه مضطر إلى اللعان لدرء الحد فلا تلحقه التهمة ، وإن قذفها في مرض موته ولاعنها — قال ابن الصباغ : فإنها لا ترثه قولاً واحداً لأنه في حاجة إلى اللعان لإسقاط الحد عن نفسه .

قال ابن اللبان . ويحتمل أن يقال : إن كان قد نفى الحمل فإنها لا ترث لأنه مضطر إلى قذفها ، وإن لم ينف الولد ورثته في أحد القولين ، لأنه لم يضطر إلى قذفها ، وإن فسخ نكاحها في مرض موته بأحد العيوب ففيه وجهان حكاهما الشيخ أبو اسحاق ، أحدهما : أنه كالطلاق في المرض فيكون في ميراثها منه قولان . والثاني لا ترثه قولاً واحداً ، لأنه يستند إلى معنى من جهتها ، ولأن به حاجة إلى الفسخ لما عليه من الضرر في المقام معها على العيب .

(فرع) إذا كانت تحته أربع نسوة وطلقهن في مرض موته طلاقاً بائناً ثم تزوج بعدهن أربعاً سواهن ثم مات من مرضه ذلك — فإن قلنا بالجديد : وأن المبتوتة في مرض الموت لا ترث كان ميراثه للأربع زوجات دون المطلقات ، وإن قلنا بالقديم : وأن المبتوتة في مرض الموت ترث فتى ترث فيه ثلاثة أوجه حكاهما الشيخ أبو حامد .

(أحدها) أنه للزوجات الجديدات دون المطلقات لأنه لا يجوز أن يرث الرجل أكثر من أربع زوجات ولا بد من تقديم بعضهن على بعض ، فكان تقديم الزوجات أولى ، لأن ميراثهن ثابت بنص القرآن ، وميراث المطلقات ثبت بالاجتهاد .

(والثاني) أنه للزوجات المطلقات دون الزوجات الجديرات ، لأنه لا يجوز أن يرثه أكثر من أربع ، فكان تقديم المطلقات أولى لأن حقهن أسبق .
 (والثالث) أنه يكون بين المزوجات والمطلقات بالسوية لأن ارث الزوجات ثابت بنص القرآن ، وارث المطلقات ثابت بالاجتهاد فمشارك بينهما ؛ وقول من قال : لا يجوز أن يرثه أكثر من أربع زوجات ليس بصحيح لأن الشرع إنما منع من فكاك ما زاد على أربع ، وأما توريث ما زاد على أربع فلم يمنع الشرع منه ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وان مات متوارثان بالغرق أو الهدم ، فإن عرف موت أحدهما قبل الآخر ونسى ، وقف الميراث الى أن يتذكر ، لأنه يرجي أن يتذكر ، وان علم أنهما ماتا معا أو لم يعلم موت أحدهما قبل الآخر ، أو علم موت أحدهما قبل موت الآخر ، ولم يعرف بعينه ، جعل ميراث كل واحد منهما لمن بقي من ورثته ولم يورث أحدهما من الآخر ، لأنه لا تعلم حياته عند موت صاحبه ، فلم يرثه كالجنين إذا خرج ميتا .

(فصل) وان أضر رجل أو فقد ولم يعلم موته لم يقسم ماله حتى يمضي زمان لا يجوز أن يعيش فيه مثله ، وان مات له من يرثه دفع الى كل وارث أقل ما يصيبه ووقف الباقي الى أن يتبين أمره .

(الشرح) اذا مات متوارثان كالرجل وابنه أو كالأزواجين بالغرق أو الهدم فإن علم أن أحدهما مات أولا وعرف عينه ورث الثاني من الأول ، وان علم أن أحدهما مات أولا وعرف عينه ثم نسي ، وقف الأمر الى أن يتذكر من الأول منهما فيرث منه الثاني ، لأن الظاهر ممن علم ثم نسي أنه يتذكر ، وهذا لا خلاف فيه ، وان علم أنهما ماتا معا أو علم أن أحدهما أولا ولم يعرف عينه .
 قال الشيخ أبو حامد : مثل أن غرقا في ماء فرأى أحدهما يصعد من الماء وينزل

ولم يعرف عينه ؛ والآخر قد نزل ولا يصعد ، فإنه يعلم لا محالة أن الذي يصعد وينزل لم يمت ، وأن الذي نزل ولا يصعد قد مات ، أو لم يعلم هل ماتا في حالة واحدة أو مات أحدهما قبل الآخر ، فذهبتنا في هذه الثلاث المسائل أنه لا يرث أحدهما من الآخر ، وليكن يرث كل واحد منهما ورثته غير المبت معه . وبه قال أبو بكر وعمر وابن عباس وزيد بن ثابت ومالك وأبو حنيفة وأكثر أهل العلم . وذهب علي بن أبي طالب إلى أنه يرث كل واحد منهما الآخر ثم يرثهما ورثتهما وبه قال داود ،

دلينا ما روى عن زيد بن ثابت أنه قال : ولا نرى أبو بكر مواريث قتلى الجامة فكنت أورث الأحياء من الموتي ولا أورث الموتي من الموتي ، ولا كل من لم تعلم حياته عند موت مورثه أم يرثه ، أصله الحمل ، وهو أن رجلاً إذا مات وخاف امرأة حاملاً فإنه إن خرج حياً ورث ، لينا تيقنا حياته عند موت مورثه ، وإن خرج ميتاً لم يرث ، لانا لا نعلم حياته عند موت مورثه ، ولأن تورث كل واحد منهما من الآخر خطايين ، لانهما إن ماتا معاً في حالة واحدة لم يرث أحدهما الآخر وإن مات أحدهما قبل الآخر فتورث الساق منهما وتأمز الآخر خطأ فإذا كان كذلك لم يرث أحدهما من الآخر لأنه ليس أحدهما أن يكون مات أولاً بأولى من الآخر (فرع) إذا مات رجل وخلف ولداً أسيراً في أيدي الكفار فإنه يرث مادام يعلم حياته ، وبه قال أهل العلم كافة ، وقال النخعي لا يرث الأسير دلينا قوله تعالى « يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين » ولم يفرق بين الأسير وغيره . فأما إذا لم تعلم حياته فحكمه حكم المفقود ، وإذا فقد رجل وانقطع خبره لم يقسم ماله حتى يعلم موته أو يمضي عليه من الزمان من حين ولد زمان لا يعيش فيه مثله فحينئذ يحكم الحاكم بموته ويقسم ماله بين ورثته الأحياء يومئذ دون من مات من ورثته قبل ذلك .

وقال مالك « إذا مضى له من العمر ثمانون سنة قسم ماله » وقال عبد الملك بن الماجشون « إذا مضى له تسعون سنة حكم الحاكم بموته » وقال أبو حنيفة « إذا مضى له مائة وعشرون سنة ، وحكى بعضهم أن ذلك مذهب الشافعي . وإن مات المفقود من يرثه قبل أن يحكم بموته أعطى كل وارث من ورثته

ما يتيقن أنه له ووقف المشكوك فيه إلى أن يتيقن أمر المفقود ، مثل أن تموت امرأة وتختلف زوجها وأختين وأخاً لأب وأم مفقوداً ، فإن الزوج لا يستحق النصف كاملاً إلا إذا تيقنا حياة الأخ عند موت المرأة ، ولا يستحق الاختان أربعة أسباع المال إلا إذا تيقنا موت الأخ عند موت المرأة ؛ والعمل في هذه وما أشبهها أن يقال لو كان الأخ ميتاً وقت موت أخته لكانت الفريضة من سبعة ، للزوج ثلاثة والاختين للأب والأم أربعة ، ولو كان الأخ حياً وقت موت أخته لكانت الفريضة من ثمانية ، للزوج أربعة وأكل أخت سهم وللأخ سهمان ، والثمانية لا توافق السبعة ، فيضرب ثمانية في سبعة فذلك ستة وخمسون ، فيعطى الزوج نصيبه وهو عند موت الأخ ، فله حينئذ ثلاثة من سبعة مضروب في ثمانية فذلك أربعة وعشرون وتعطى كل أخت نصيبها وهو عند وجود الأخ حياً عند موت أخته ، وذلك سهم من ثمانية مضروب في سبعة ، فذلك سبعة ويبقى من المال ثمانية عشر سهماً ، فيوقف ذلك إلى أن يتبين أمر الأخ ، فإن بان أنه كان حياً وقت موت أخته كان له سهمان من ثمانية في سبعة فذلك أربعة عشر سهماً يأخذها من الموقوف وللزوج أربعة من ثمانية في سبعة فذلك ثمانية وعشرون فعنه أربعة وعشرون ويبقى له أربعة فيأخذها من الموقوف وقد استوفى الاختان نصيبهما ، وإن بان أن الأخ كان ميتاً وقت موت أخته كان للاختين أربعة من سبعة في ثمانية فذلك اثنان وثلاثون فعنه أربعة عشر ويبقى لهما ثمانية عشر وهو الموقوف فيأخذانه وقد استوفى الزوج نصيبه . هذا هو المشهور من المذهب

وخرج ابن اللبان في ذلك وما أشبهه وجهين آخرين (أحدهما) أن يجعل حكم الأخ المفقود حكم الحي ، لأن الأصل بقاء حياته ، فلا ينتقص الزوج من النصف كاملاً وإن أكل أخت الثمن ويوقف ربع المال ، فإن بان أن الأخ كان حياً وقت موت أخته دفع إليه الربع أو إلى ورثته إن كان قد مات . وإن بان أنه ميت وقت موت أخته ، أخذ من الزوج نصف السبع ودفع ذلك مع الربع الموقوف إلى الاختين وهل يؤخذ من الزوج ضامن في نصف السبع . فيه قولان (أحدهما) يؤخذ منه ضمان بجواز أن يكون الأخ ميتاً (والثاني) لا يؤخذ منه ضمان كما يقسم مال الغرماء على الأحياء من ورثتهم ولا يؤخذ منهم ضمان والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب ميراث اهل الفرائض

وأهل الفرائض هم الذين يرثون الفروض المذكورة في كتاب الله عز وجل ،
وهي النصف والربع والثلث والثلثان والثلث والسادس ؛ وهم عشرة ، الزوج
والزوجة والأم والجدة ، والبنت وبنت الابن ، والأخت وولد الأم والاب مع
الابن وابن الابن والجدة مع الابن وابن الابن .

فأما الزوج فله فرضان ، النصف ، وهو إذا لم يكن معه ولد ولا ولد ابن ،
والربع وهو إذا كان معه ولد أو ولد ابن . والدليل عليه قوله عز وجل : ولكم
نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد ، فإن كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن
من بعد وصية يوصين بها أو دين ،

فأما الزوجة فلها أيضاً فرضان : الربع إذا لم يكن معها ولد ولا ولد ابن .
والثلث إذا كان معها ولد أو ولد ابن . والدليل عليه قوله تعالى : ولهن الربع مما
تركتم إن لم يكن لكم ولد ، فإن كان لكم ولد فلهن الثلث مما تركتم من بعد وصية
توصون بها أو دين ، فنص على فرضها مع وجود الولد وعدم الولد ، وقسنا ولد
الابن في ذلك على ولد الصلب ، لاجتماعهم على أنه ~~ك~~ولد الصلب في الارث
والتعصيب ، فكذلك في حجب الزوجين ، وللزوجتين والثلث والاربع
ما للواحدة من الربع والثلث لعموم الآية .

(الشرح) الفروض المذكورة في كتاب الله تعالى ستة ، النصف ونصفه

ونصف نصفه والثلثان ونصفه ونصف نصفه وأهل الفروض عشرة

- ١- الزوج ٢- الزوجة ٣- الأم ٤- الجدة ٥- البنت
- ٦- بنت الابن ٧- الأخت ٨- ولد الأم ٩- الأب مع الابن أو ابن
- الابن ١٠- الجد مع الابن أو ابن الابن

فأما الزوج فله فرضان ، النصف مع عدم الولد وولد الابن ، والربع مع

وجرد الوالد أو والد الابن وإن سفل ، ذكراً كان أو أنثى ، لقوله تعالى : وإلّاكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد ، فإن كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن ، فأما الزوجة فلها الربع من زوجها إذا لم يكن له ولد ابن وإن سفل ، ولها منه الثمن إذا كان له ولد أو ولد ابن وإن سفل . ذكراً كان أو أنثى لقوله تعالى : وللمن الربع مما تركتم إن لم يكن لكم ولد ، فإن كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم ، وللزوجتين والثلاث والأربع ما للزوجة الواحدة لقوله تعالى (وللمن) وجعل سبحانه لمن نصف ميراث الذكر

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وأما الأم فلها ثلاثة فروض

(أحدها) الثلث . وهو إذا لم يكن للبيت ولد ولا ولد ابن ولا اثنتان فصاعداً من الأخوة والأخوات لقوله عز وجل : وورثه أبواه فلأمه الثلث ،

(والفرض الثاني) السدس ، وذلك في حالين

(أحدهما) أن يكون للبيت ولد أو ولد ابن . والدليل عليه قوله تعالى : ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد ، ففرض لها السدس مع الوالد ، وقسنا عليه ولد الابن

(والثاني) أن يكون له اثنتان فصاعداً من الأخوة والأخوات . والدليل عليه قوله عز وجل : فإن كان له أخوة فلأمه السدس ، ففرض لها السدس مع الأخوة ، وأقلهم ثلاثة . وقسنا عليهم الأخوين لأن كل فرض تغير بعدد كان الاثنان فيه كالثلاثة كفرض البنات

(والفرض الثالث) ثلث ما يبقى بعد فرض الزوجين ؛ وذلك في مسألتين ،

في زوج وأبوين ، أو زوجة وأبوين ، للأم ثلث ما يبقى بعد فرض الزوجين ، والباقي للأب . والدليل عليه أن الأب والأم إذا اجتمعا كان للأب الثلثان والأم الثلث ، فإذا زاحمها ذو فرض قسم الباقي بعد الفرض بينهما على الثلث والثلثين ، قالوا اجتمعا مع بنت

(الشرح) الأم لها ثلاثة فروض الثلث أو السدس أو ثلث ما يبقى ، ولها سبعة أحوال . أحدها : أن يكون معها ولد ذكر أو أنثى أو ولد ابن ذكر أو أنثى وإن سفل ، فلها السدس لقوله تعالى : ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد .

ثانيها : أن لا يكون مع الأم ولد ولا ولد ابن ولا أحد من الأخوة والأخوات فللأم الثلث لقوله تعالى : فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث .
ثالثها : أن يكون مع الأم ثلاثة إخوة أو ثلاث أخوات أو منهما فلها السدس لقوله تعالى : فإن كان له إخوة فلأمه السدس ، وقوله تعالى : إخوة لفظ جمع وأقوله ثلاثة .

رابعها : أن يكون مع الأم أخ أو أخت فلها الثلث أيضاً لقوله تعالى : فإن كان له إخوة فلأمه السدس فحجبها عن الثلث إلى السدس بالأخوة ، وذلك جمع ولا خلاف أن الواحد ليس بجمع .

خامسها : أن يكون مع الأم اثنان من الأخوة والأخوات أو منهما فللأم السدس ، وبه قال الصحابة والفقهاء عامة إلا ابن عباس فإنه قال : لها الثلث ، وله خمس مسائل في الفرائض انفرد بها ، هذه أحداها .

دليلنا : أنه حجب لا يقع بواحد ، وينحصر بعدد ، فوجب أن يوقف على اثنين ، أصله حجب بنات الابن بالبنات ، فقولنا : حجب لا يقع بواحد احتراز من حجب الزوج والزوجة فإنه يقع الواحد من الأول ، وقولنا ينحصر بعد احتراز من حجب البنات بالبنات والأخوة والأخوات لأن الابنة فرضها النصف والأخت فرضها النصف ، وإذا حصل مع أحدهما أخوها حجبها من النصف ، ولا ينحصر هذا الحجب بعدد ، بل كلما كثرت الأخوة حجبوها أكثر ، ولأننا وجدنا الاثنين من الأخوات كالثلاث في استحقاق الثلثين ، فوجب أن يكون حجب الاثنين من الأخوة للأم حجب الثلاثة .

وروى أن ابن عباس دخل على عثمان فقال له : قال الله تعالى : فإن كان له إخوة فلأمه السدس ، وليس الأخوات أخوة بلسان قومك ، فقال عثمان :

لا يستطيع أن أرد ما كان قبلي ، وانتشر في الامصار ، وثوارث به الناس ، فدل بهذا أنهم أجمعوا على ذلك .

سادسها : اذا كان هناك زوج وأبوان ، قال أصحابنا : فللزوجة النصف وللأب ثلث ما بقي ، وأصلها من ستة للزوج ثلاثة ، وللأم ثلث ما بقي وهو سهم وللأب سهمان ، وقال بعض أصحابنا كما أفاده صاحب البيان : للأم هاهنا الثلث ، ولا يقال لها ثلث ما بقي ، قلت : ومعنى العبارةين واحد لان العبارة الواحدة هي المشهورة وبه قال عامة الصحابة والفقهاء .

وقال ابن عباس : للزوج النصف ؛ وللأم ثلث جميع المال ، وللأب ما بقي ، وأصلها من ستة للزوج ثلاثة ، وللأم سهمان وللأب سهم وتابعه على هذا شريح سابعها اذا كان زوجة وأبوان فللزوجة الربع ، وللأم ثلث ما بقي وهو سهم والأب ما بقي وهو سهمان ، وبه قال عامة الصحابة وأكثر الفقهاء .

وقال ابن عباس للزوجة الربع وللأم ثلث جميع المال ، وللأب ما بقي وأصلها من اثني عشر للزوج ثلاثة ، وللأم أربعة ، وللأب خمسة ، وهاتان المستثنتان في المسائل التي انفرد بها ابن عباس عن الصحابة ، وتابعه عليها شريح وابن سيرين ودليلنا أن في الاوله يؤدي الى تفضيل الأم على الأب ، وهذا لا يجوز ، ولانهما معهما أو سهم فوجب أن يكون للأم ثلث ما بقي بعد ذلك السهم ، كما لو كان مع الابوين بنت ، ولان كل ذكر وأنثى لو انفرد كان للذكر الثلثان والانثى الثلث ؛ وجب اذا كان معهما زوج أو زوجة ان يكون ما بقي بعد فرض الزوج والزوجة بينهما كما كان بينهما اذا انفرد كالابن والابنة والاخت .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وأما الجدة فان كانت أم الأم أو أم الأب فلها السدس ، لما روى قبيصة بن ذؤيب قال : جاءت الجدة الى أبي بكر رضي الله عنه فسأله عن ميراثها فقال أبو بكر الصديق رضي الله عنه ليس لك في كتاب الله شيء وما علمت لك في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئا فأرجعني حتى أسأل الناس فسأل عنها فقال المغيرة بن شعبه حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم فأعطاها السدس ،

فقال أبو بكر رضى الله عنه هل معك غيرك ؟ فقام محمد بن مسleme الأنصاري رضى الله عنه فقال مثل ما قال ، فأنفذه لها أبو بكر رضى الله عنه ثم جاءت الجدة الأخرى إلى عمر رضى الله عنه فسأله ميراثها ، فقال لها : مالك في كتاب الله عز وجل شيء ، وما كان القضاء الذى قضى به إلا لغيرك وما أنا بزائد فى الفرائض شيئاً ، ولكن هو ذلك السدس ، فان اجتمعتما فيه فهو بينكما فأيكما خلت به فهو لها ، وإن كانت أم أبى الأم لم ترث لأنها تدلى بغير وارث ، وإن كانت أم أبى الأب ففيه قولان .

(أحدهما) أنها ترث وهو الصحيح ، لأنها جدة تدلى بوارث فورثت كام الأم وأم الأب .

(والثانى) أنها لا ترث لأنها جدة تدلى بجدة فلم ترث كام أبى الأم ، فإن اجتمعت جدتان متحاذيتان كام الأم وأم الأب فالسدس بينهما لما ذكرناه ، فإن كانت إحداهما أقرب نظرت ، فإن كانتا من جهة واحدة ورثت القربى دون البعدى لأن البعدى تدلى بالقربى فلم ترث معها كالجد مع الأب وأم الأم مع الأم ، وإن كانت القربى من جهة الأب والبعدى من جهة الأم ففيه قولان .

(أحدهما) أن القربى تحجب البعدى ، لأنهما جدتان ترث كل واحدة منهما إذا انفردت فخجبت القربى منهما البعدى ، كما لو كانت القربى من جهة الأم .

(والثانى) لا تحجبها وهو الصحيح ، لأن الأب لا يحجب الجدة من جهة الأم ، فلأن لا تحجبها الجدة التى تدلى به أولى ، وتخالف القربى من جهة الأم ، فإن الأم تحجب الجدة من قبل الأب فخجبتها أمها والأب لا يحجب الجدة من قبل الأم فلم تحجبها أمه ، فإن اجتمعت جدتان إحداهما تدلى بولادتين بأن كانت أم أم أب ، أو أم أم أم ، والأخرى تدلى بولادة واحدة كام أبى أب ففيه وجهان .

(أحدهما) وهو قول أبى العباس : أن السدس يقسم بين الجدتين على ثلاثة فتأخذ التى تدلى بولادة سهمها وتأخذ التى تدلى بولادتين سهمين .

(والثانى) وهو الصحيح أنهما سواء لأنه شخص واحد فلا يأخذ فرضين .

(الشرح) حديث قبيصة بن ذؤيب رواه أحمد والبخارى ومسلم وأبو داود

والبرمذى وصححه وابن حبان والحاكم . قال الحافظ ابن حجر : وإسناده صحيح
لثقة رجاله ، إلا أن صورته مرسل ، فان قبيلة لا يصح سماعه من الصديق
ولا يمكن شهوده القصة ، أفاده ابن عبد البر ، وقد اختلف في مولده ، والصحيح
أنه ولد عام الفتح فيبعد شهوده القصة ، وقد أعله ابن عبد الحق تبعاً لابن حزم
بالانقطاع ، وقال الدارقطني في العمل بعد أن ذكر الاختلاف فيه على الزهرى :
يشبه أن يكون الصواب قول مالك ومن تابعه . وقد وردت أحاديث منسلة
صحيحة تؤيد قصة قبيلة عبد الطبراني والبيهقي والدارقطني وابن ماجه وأبي القاسم
ابن منده ، وقد نقل محمد بن نصر من أصحاب الشافعى اتفاق الصحابة عليه .

أما الأحكام : فان الجدة أم الام أو أم الاب وارثة بما روى خارجة بن زيد
عن أبيه ان النبي صلى الله عليه وسلم اعطى الجدة أم الام السدس . واجمعت الامة
على توريت الجدة .

إذا ثبت هذا : فان فرضها السدس ، سواء كانت أم ام أو أم اب ، وبه قال
المصنابة كانه كما قررنا والفقهاء اجمع ، وروى عن ابن عباس رواية شاذة انه قال
أم الام ترث الثلث لأنها تدلى بالام فورثت ميراثها كالجديرت ميراث الاب .
ودليلنا ما ذكرناه من الخبرين ، وبما رواه قبيلة بن ذؤيب في قصة الجدة
المذكورة في الفصل .

قال الشيخ ابو حامد والجدة التي اتت ابا بكر هي أم الام ؛ والجدة التي اتت
عمر هي أم الأب ، ومعنى قول ابى بكر رضى الله عنه . مالك في كتاب الله شيء
لان الكتاب محصور ، وليس فيه ذكر الجدة ، ولهذا قلنا ان اسم الام لا ينطاق
على الجدة لأنه قال . مالك في الكتاب شيء ، وفي الكتاب ذكر الأم ، ثم قال
وما علمت لك في السنة شيئاً فلم يقطع به ، لأن السنة لا تنحصر ، ولكن اراد
على مباح علمه ومعنى قول عمر لست بزائد في الفرائض اى لا ازيد في الفريضة
لاجلك ، وإنما هو ذلك السدس الذى قضى به .

واما الاحتجاج بقول ابن عباس لما كانت تدلى بالام اخذت ميراثها يبطل
بالاخ من الام ، فانه يدلى بها ، ولا يأخذ ميراثها . إذا ثبت هذا فان أول منازل

الجدات يجتمع فيه جدتان أم الأم وأم الأب ، فإن هدمت إحداهما ووجدت الأخرى كان السدس للموجودة منهما ، وإن اجتمعا كان السدس بينهما .

قال الشيخ أبو حامد لما روى الحكيم عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى الجدتين السدس ، وروى القاسم بن محمد قال : أنت الجدتان أم الأم وأم الأب أبا بكر الصديق فاراد أن يجعل السدس للتي من قبل الأم ، فقال له رجل من الانصار أما أنك تترك التي لو ماتت وهو حي كان إياها يرث لجعل السدس بينهما ، رواه مالك في الموطأ عن يحيى بن سعيد عن القاسم ورواه الدارقطني من طريق ابن عيينة .

قال الشيخ أبو حامد : وأصحابنا يحسبون أن هذه القضية كانت لعمر ، وإنما هي قضية أبي بكر ، ومعنى قول الانصارى تترك التي لو ماتت وهو حي كان إياها يرث لأنه ابن ابنتها ، فإذا ارتفع الجدات إلى المنزل الثاني ، اجتمع أربع جدات اثنتان من جهة الأم ، وهما أم أم الأم ، وأم أب الأم ، واثنتان من جهة الأب فأم أم الأم ، وأم أم الأب فهما وارثتان بلا خلاف ، وأما أم أب الأم فاتها غير وارثة ، وهو قول الفقهاء كافة ، إلا ما روى عن ابن سيرين أنه ورثها وهذا خطأ لأنها تدلى ^(١) بمن ليس بوارث فلم تكن وارثة كابنة الحال ، وأما الجدة أم أب الأب فلم ترثه ، ففيه قولان .

(أحدهما) لا ترث ، وبه قال أهل الحجاز الزهري وربيعة ومالك لأنها جدة تدلى بجدة فلم ترث كأم أب الأم ، فعلى هذا لا يرث قط إلا جدتان .

(والثاني) أنها ترث ؛ وبه قال علي وابن مسعود وابن عباس ، وهي إحدى الروایتين عن زيد بن ثابت ، وبه قال الحسن البصري وابن سيرين وأهل الكوفة والثوري وأبو حنيفة وأصحابه وهو الصحيح ، لأنها جدة تدلى بوارث فورثت كأم الأم ؛ ولأن تعليل الصحابة رضي الله عنهم موجود فيها حيث قال لأبي بكر في أم الأب ورثتها عمن لو ماتت لم يرثها ولم تورثها عمن لو ماتت ورثها فورثها أبو بكر رضي الله عنه لهذه العلة ، وهي أم الأب فعلى هذا ترث في الدرجة الثانية

(١) تدلى أى تتوصل وتمت وهو من إدلاء الدلو ، وأدلى بمجته أثبتها .

ثلاث جدات ، فإذا ارتفع الجدات إلى المنزلة الثالثة اجتمعن ثماني جدات فيرث
منهن أربع ولا ترث أربع ، وإنما كان كذلك لأن الميت واحد فله في المنزلة
الأولى جدتان ، فإذا ارتفعن إلى الدرجة الثانية كان الميت أبوان ، وكل واحد
منهما جدتان فيجتمع له في الدرجة الثالثة ثماني جدات ثم في الرابعة ستة عشر
جدة ، وكلما ارتفع الميت درجة ازداد عدد الجدات ضعفاً . وأما الوارثات فمنهن
فيورث في الدرجة الأولى جدتان ، وفي الثانية ثلاث ، وفي الثالثة أربع ، وفي
الرابعة خمس إلى أن ترثه مائة جدة . في الدرجة الأولى جدتان وفي الثانية ثلاث
وفي الثالثة أربع ، وفي الرابعة خمس إلى أن ترثه مائة جدة في الدرجة التاسعة
والتسعين يزيد على عدد الدرجات بواحدة

وإذا اجتمع الجدات الوارثات وهن متحاذيات كان السدس بينهما لما ذكرناه
في الحد بين أم الأم وأم الأب .

وإن اجتمع جدتان إحداهما أبعد من الأخرى نظرت . فإن كانتا من جهة
واحدة بان كان هناك أم أم وأم أم أم كان السدس لأم الأم ، لأن البعدي
تدلى هذه القربي . وكل من أدلى بغيره فإنه لا يشاركه في فرضه كالجد مع الأب
وابن الابن مع الابن . وعلى هذا جميع الأصول

فإن قيل : ليس الأخ للأم يدلى بالأم ومع ذلك فإنه يرث معها . فالجواب
أنه لا يرث أخاه بالأدلاء إليه بالأم ، ولكن لا جل أنه ركض معه في رحم واحد
وأنه وإن أدلى بها فقد احترزنا عنه بقولنا لا يشاركه في إرثه ، وهو أن السدس
إرث للقربي لو انفردت الجدة البعدي لشاركها في ذلك السدس ، وليس
كذلك الأخ للأم .

وإن اجتمع أم أب وأم أب الأب فإن السدس يكون لأم أب الأب ويسقط
أم أب الأب ، وبه قال علي وزيد والفقهاء أجمع . وقال ابن مسعود في إحدى
الروايتين عنه يشتركان في السدس ، وهذا ليس بصحيح لأنهما من جهة واحدة
إذ أنهما يدلان بالأب ، وإحداهما أقرب من الأخرى فسقطت البعدي كأم الأم
إذا اجتمعت مع أم أم الأم ، وإن كانتا من جهتين إحداهما من جهة الأم
والأخرى من جهة الأب نظرت ، فإن كانت القربي من جهة الأم والبعدي من

جهة الاب ، فإن القربى تسقط البعدى وقال ابن مسعود لا تسقطها ، وإنما يشتركان في السدس ، دليلنا أن إحداهما أقرب من الأخرى فسقطت البعدى بالقربى ، كما لو كانا من جهة واحدة

وإن كانت القربى من جهة الاب والبعدى من جهة الام ففيه قولان : أحدهما أن البعدى منهما تسقط القربى . وبه قال علي بن أبي طالب ، وهو قول أهل الكوفة ، ورووا ذلك عن زيد بن ثابت لأنهما جدتان لو انفردت كل واحدة منهما لكان لها السدس ، فإذا اجتمعا وجب أن تسقط البعدى بالقربى ، كما لو كانت القربى من جهة الام ، والثاني لا تسقط البعدى بالقربى بل يشتركان في السدس ، وهي الرواية الثانية عن زيد ، رواه المدنيون عنه ، وهو الصحيح ، لأن الاب لو اجتمع مع الام لم يحجبها وإن كان أقرب منها ، فلان لا يسقط الجدة التي تدلى به من هو أبعد منها لأن جهة الام أولى

(فرع) وإن اجتمع جدتان متحاذيتان وإحداهما تدلى بقراية والأخرى تدلى بقرايتين بأن تزوج رجل بابنة عمته فولد منها ولداً فإن جدة هذا الولد أم أبي أبيه وهي جدته أم أمه ؛ وإن اجتمع معها أم أم إلى هذا الولد ففيه وجهان ، أحدهما وهو قول أبي العباس بن سريج وبه قال الحسن بن صالح ومحمد بن الحسن وزفر أن السدس يقسم بين هاتين الجدتين على ثلاثة . فتأخذ التي تدلى بولادتين بسهمين وتأخذ التي تدلى بولادة سهماً لأنها تدلى بنسب واحد . والثاني يقسم السدس بينهما نصفين . وبه قال أبو يوسف وهو الصحيح لأنها شخصر واحد فلا تأخذ فرضين .

قال المصنف رحمه الله تعالى .

(فصل) وأما البنت فلها النصف إذا انفردت لقوله تعالى : وإن كانت واحدة فلها النصف . وللإثنين فصاعداً الثلثان . لما روى جابر بن عبد الله قال جاءت امرأة سعد بن الربيع إلى رسول الله (ص) فقالت يا رسول الله هاتان ابنتا سعد ، قتل أبوهما معك يوم أحد ولم يدع عهدهما مالاً إلا أخذه . فأتى رسول الله . والله لا تنكحان إلا وأههما مال ، فقال رسول الله (ص) فهو الله

في ذلك . فنزلت اليه سورة النساء : يوصيكم الله في أولادكم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ادعوا الى المرأة وصاحبها . فقال لعمهما : أعطهما الثلثين . وأعط أمهما الثمن وما بقي فلك ، فدلت الآية . وهو قوله تعالى : فان كن نساء فوق اثنتين فلمن ثلثا ما ترك ، على فرض ما زاد على الاثنتين . ودلت السنة على فرض الثلثين .

(فصل) وأما بنت الابن فلها النصف اذا انفردت وللإثنتين فصاعداً الثلثان لاجماع الامة على ذلك . ولبنت الابن مع بنت الصلب السدس تسكعة الثلثين . لما روى الهزيل بن شرحبيل قال : جاء رجل الى أبي موسى وسلمان بن ربيعة رضى الله عنهما فسألهما عن بنت وبنت ابن وأخت فقالا : للبنت النصف وللأخت النصف . وأت عبد الله فانه سئنابعنا . فأتى عبد الله فقال : انى قد ضللت اذا وما أنا من المهتدين . لا قضين بينهما بما قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم وللبنت النصف . ولبنت الابن السدس تسكعة الثلثين وما بقي فللأخت ، ولأن بنت الابن ترث فرض البنات ولم يبق من فرض البنات الا السدس وهكذا لو ترك بنتا وعشر بنات ابن كان للبنت النصف ولبنات الابن السدس تسكعة الثلثين لما ذكرناه من المعنى . وان ترك بنتاً وبنت ابن ابن أو بنات ابن ابن أسفل من البنت بدرجة كان لمن السدس لأنه بقية فرض البنات ولبنت ابن الابن أو بنات ابن الابن مع بنت الابن من السدس تسكعة الثلثين ما لبنت الابن وبنات الابن مع بنت الصلب وعلى هذا أبداً

(الشرح) حديث جابر مضى تخريجه ، وأما حديث هذيل بن شرحبيل فقد رواه أحمد والبخارى وأبو داود والترمذى وابن ماجه . وفي رواية البخارى فأتينا أبا موسى . وفي رواية غيره : جاء رجل الى أبي موسى وسلمان بن ربيعة ، وهذه الواقعة كانت في عهد عثمان . لان أبا موسى كان وقت السؤال أميراً على الكوفة وسلمان قاضياً بها . وقد اختلف في صحبته

أما الأحكام فان البنت لها النصف لقوله تعالى : وان كانت واحدة فلها النصف ، وان كانتا اثنتين فلها الثلثان وبه قال الصحابة والفقهاء كافة ، وروى عن ابن عباس

رواية شاذة أنه قال للابنتين النصف لقوله تعالى « فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن الثلث ما ترك »

دليلنا حديث جابر الذي ساقه المصنف الذي دل على أن للابنتين الثلثين ، ولأن الآية وردت على سبب وهو ابتنا سعد بن الربيع ، فلا يجوز إخراج السبب عن حكم الآية . وأيضاً فإن الله تعالى فرض للإبنة الواحدة النصف وفرض للاخت الواحدة النصف في آية أخرى وجعل حكمهما واحداً ، ثم جعل للاختين الثلثين ، ووجدنا أن البنات أقوى من الاخوات بدليل أن البنات لا يسقطن مع الاب ولا مع البنين والاخوات يسقطن مع الاب والبنين ، فإذا كان للاختين الثلثان فالابنتان بذلك أولى .

والجواب عن قوله : « فإن كن نساء فوق اثنتين فإن قوله (فوق) صلة في الكلام لقوله تعالى « فاضربوا فوق الأعناق » وإن كان البنات أكثر من اثنتين فلهما الثلثان للآية .

أما مسأله « إبنة الابن » فإن لها النصف إذا انفردت ولا يبقى الابن فصاعداً للثلثان ، لأن الأمه أجمع على أن ولد البنين يقومون مقام الاولاد ، ذكورهم كذكور الاولاد وإناثهم كإناثهم ، فإذا اجتمع ابنة وابنة ابن كن للإبنة النصف ولا إبنة الابن السدس تكملة الثلثين لما رواه هزيل بن شرحبيل في قصة سؤال أبي موسى وسلمان بن ربيعة ثم فتوى ابن مسعود .

وقولاهما : « وأنت عبد الله فإنه سيتابعنا » جعل ابن مسعود يقول قد ضللت إذن وما أنا من المهتدين ، يعني إذا تابعتهما أو أفنتيت بقولاهما . ثم قال لا قضين فيهما بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم للإبنة النصف ولا إبنة الابن السدس والباقي للأخت ، فأخبر أن هذا قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولأن بنات الابن يرثن فرض البنات ، ولم يبق من فروض البنات إلا السدس فكان لابنة الابن . وإن ترك ابنة وبنات ابن كان للإبنة النصف وبنات الابن السدس لأنه هو الباقي عن فرض البنات ، وهكذا لو ترك بنتا وبنت ابن ابن بدرج أو بنات ابن بدرج كان للإبنة النصف ولمن بعدهما من بنات الابن وإن بعدت السدس إذا تحاذين وإن كان بعضهن أعلى من بعض كان السدس لمن أعلا منهم .

وقال ابن مسعود : لبنات الابن الأقل من المقاسمة وهو السدس ، فإن كان السدس أقل كان له السدس والباقي لابن الابن ، وإن كانت المقاسمة أقل من السدس فلهم المقاسمة ، ودليلنا عليه ما ذكرناه في الأولى .

(فرع) فإن خلف بنتا وابن ابن وبنت ابن ابن فللابنة النصف والباقي لابن الابن وسقط بنت ابن الابن لأنه أقرب منها ، وإن خلف بنتين وبنت ابن وابن ابن كان للبنتين الثلثان ، والباقي بين بنت الابن وابن ابن الابن للذكر مثل حظ الانثيين ، وقال بعض الناس : لابن ابن الابن وسقط بنت الابن .

ودليلنا : أما وجدنا أن بنت الابن لو كانت في درجة ابن الابن لم تسقط معه بل يعصبها ، فلما لم يسقطها إذا كانت في درجته فلأن لا يسقطها إذا كانت أعلا منه أولى ، وإن خلف بنتا وبنت ابن وابن ابن كان للبنت النصف ، ولبنات الابن السدس ، تسكعة الثلثين والباقي لابن ابن الابن ، لأن من فوقه من بنات الابن قد أخذت شيئاً من فرض البنات فلا يجوز أن يرث بالتعصيب فكان الباقي له دونهن ، والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وأما الأخت الاب والام فلها النصف إذا انفردت ، وللانثنتين فصاعداً الثلثان لقوله عز وجل : يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك ، وهو يرثها إن لم يكن لها ولد ، فإن كانتا اثنتين فلهم ما الثلثان مما ترك ، وللثلاث فصاعداً ما للانثنتين لأن كل فرض يغير بالمدد كان الثلاث فيه كالانثنتين كالبنات ، وللأخت من الأب عند عدم الأخت من الاب والام النصف إذا انفردت ، وللانثنتين فصاعداً الثلثان ، لأن ولد الاب مع ولد الاب والام كولد الابن مع ولد الصلب فكان ميراثهم كيراثهم

(فصل) والأخوات من الاب والام مع البنات عصبة ومع بنات الابن والدليل عليه ما ذكرناه من حديث الهزيل بن شرحبيل .

وروى إبراهيم عن الأسود قال : قضى فينا معاذ بن جبل رضي الله عنه على

عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في امرأة تركت بنتها وأختها للنصف ،
والأخت النصف .

وعن الأسود قال : كان ابن الزبير لا يعطى الأخت مع البنت شيئاً فقلت :
إن مماذا قضى فينا باليمن فأعطى البنت النصف والأخت النصف ، قال : فأنت
رسولي بذلك ، فإن لم تكن أخوات من الأب والام فالأخوات من الأب لأنهن
يرثن ما يرث الأخوات من الأب والام عند عدمهن .

(فصل) وأما ولد الأم فللواحد السدس وللأثنين فصاعداً الثلث ،
والدليل عليه قوله عز وجل : وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو
أخت فكل واحد منهما السدس ، فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث ،
والمراد به ولد الأم ، والدليل عليه ما روى أن عبد الله وسعداً كانا يقرآن : وله
أخ أو أخت من أم ، وسوى بين الذكور والإناث الآية ، ولأنه ارث بالرحم
المحض فاستوى فيه الذكر والأنثى كيراث الأبوين مع الأب .

(فصل) وأما الأب فله السدس مع الأب وابن الأب ، لقوله عز وجل
: ولا يورثه كل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد ، ففرض له السدس
مع الأب ، وقيس عليه إذا كان مع ابن الأب ، لأن ابن الأب كالابن في الحجب
والتعصيب ، وأما الجد فله السدس مع الابن وابن الابن لإجماع الأمة .

(فصل) ولا يرث بنت الابن مع الأب ، ولا الجدة أم الأب مع الأب .
لأنها تدلى به ، ومن أدلى بعصبة لم يرث معه كابن الأب مع الأب ، والجدة مع
الأب : ولا يرث الجدة من الأم مع الأم ، لأنها تدلى بها ، ولا الجدة من الأب
لأن الأم في درجة الأب والجدة في درجة الجد ، فلم يرث معها ، كما لا يرث
الجد مع الأب .

(الشرح) حديث إبراهيم عن الأسود رواه أبو داود وكذا البخاري بمعناه
أما مسألة الأخوات للأب والام فترتيبهن كترتيب البنات . فإن خلف أختها
واحدة فلها النصف ، فإن خلف أختين فصاعداً فلهن الثلثان لقوله تعالى
: يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة ، إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها

نصف ما ترك وهو يرثها ان لم يكن لها ولد ، فان كانتا اثنتين فلهما الثلثان بما ترك ، وان كانوا اخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين ، وليس في الآية ذكر ثلاث أخوات فما زاد ، ولكن قد ذكر في البنات اذا كن فوق اثنتين ان لهن الثلثين ، ولم يذكر الثلاث في الأخوات اكتفاء بما ذكره في البنات ، كما أنه لم يذكر ما للإثنين اكتفاء بما ذكره للاختين ، لأن حكم البنات والأخوات واحد وأيضاً قد روى جابر قال : اشتكيت وعندى ثلاث أخوات فدخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم بمودني ، فقلت يا رسول الله كيف أصنع بمالي ولبس برثتي الا الكلالة ، فخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم رجع فقال : قد أنزل في أخواتك وبين ، فجعل لهن الثلثين ، قال جابر فنزلت قوله : يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة ، فذكر أن الآية نزلت في أخواته وهن تسع على ما في الصحيح وانما وردت بإبنتين ، فدل على أن المراد بالآية الابنتان وما زاد عليهما

(فرع) وأما الأخوات للآب والام كبنات الابن مع البنات لأنهن قد تساوين في الأخوة ، لأن الأخوات للاب والام فضلن في الإدلاء بالام فيكن كالبنيات فضلن على بنات الابن

اذا ثبت هذا فان لم يكن هناك أحد من الأخوة للآب والام وهناك أخت واحدة للآب فلها النصف ، وان كانتا أختين فصاعداً فلهما الثلثان . وان كان هناك أخت للآب وأم وأخت للآب كان للاخت للاب والام النصف والاخت للاب السدس قياساً على ابنة الابن مع ابنة الصلب .

وان كان هناك أخت للآب وأم وأخت كان للاخت للاب والام النصف والاخ والاخت للاب الباقي للذكر مثل حظ الانثيين ، وان خلف أختين للاب وأم وأختاً للآب كان للاختين للاب والام الثلثان ولا شيء للاخت للاب لانه لا يجوز أن يأخذ الأخوات الفرض أكثر من الثلثين .

وان خلف أختين للآب وأم وأخ وأخوات للآب فللاختين للآب والام الثلثان وما بقي للاخ والأخوات للاب ، للذكر مثل حظ الانثيين ، وبه قال عامة الصحابة والفقهاء الا ابن مسعود فإنه قال : لهن الأقل من المقاسمة أو سدس المال وقد مضى الدليل على ذلك في بنات الابن

وان خلف أختين لاب وأم وأختاً لاب وابن أخ لاب ، وأم أم لاب
فللاختين للاب والأم الثلثان والباقي لابن الاخ ، ولا يعصب الاخت للاب .
والفرق بينه وبين ابن الابن حيث عصب عمته أن ابن الابن يعصب أخته فحصب
عمته وابن الاخ لا يعصب أخته فلم يعصب عمته

(فرع) وان خلف ابنة وأختاً لاب وأم أو لاب أو ابنة ابن وأختاً لاب
وأم أو لاب كان للابنة أو لابنة الابن النصف وما بقي للاخت . وهكذا ان خلف
ابنتين وأختاً لاب وأم أو لاب كان للابنة النصف ولابنة الابن السدس وللأخت
ما بقي . وكذلك ان كان في هذه المسائل مع الاخت ابن أخ أو عم ، فإن ما بقي
عن فرض البنات للاخت دون ابن الاخ والعم ، وبه قال عامة الصحابة والفقهاء
الا ابن عباس فانه لم يجعل للاخت مع البنت مع ابنة الابن شيئاً ، بل جعل ذلك
لابن الاخ أو للعم لقوله تعالى : قل الله يفتيكُم في الكلالة ان امرؤ هلك ليس له
ولد وله أخت فلها نصف ما ترك ، فورث الاخ شرط أن لا يكون للميت ولد ،
ولقوله صلى الله عليه وسلم : ما أبقت الفرائض فلاولى عصبية ذكر

دليلنا ما ذكرناه من حديث هذيل بن شرحبيل ، قال ابن مسعود لا تقضين
فيها بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم : للابنة النصف ولابنة الابن السدس
والأخت ما بقي .

وأما الجواب عن قوله تعالى : يستفتونك قل الله يفتيكُم في الكلالة ، ان امرؤ
هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك ، فان الآية تدل على أنه لا فرض
لها اذا كان للميت ولد ، ونحن نقول كذلك لان هذا النصف الذي يأخذه مع عدم
الولد يأخذه بالفرض . وهذا الذي يأخذه مع وجود الولد يأخذه بالتعصيب بدليل
ما ذكرناه من الخبر .

فأما قوله صلى الله عليه وسلم : ما أبقت الفرائض فلاولى عصبية ذكر ، فيحتمل
اذا لم يكن هناك أخوات ، بدليل ما ذكرناه من خبر ابن مسعود ، ولاش للاخت
تعصيباً ولابن الاخ تعصيباً ، وتعصيب الأخت أولى لأنها أقرب من ابن الاخ
والعم وابن العم .

وأما مسألة ولد الأم فللو احد منهم السدس ذكر أو أنثى وللأثنين فما زاد منهم الثلث ، ويستوى فيه بين الذكر والأنثى لقوله تعالى « وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلي كل واحد منهما السدس ، فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث ، وهذه الآية نزلت في الإخوة والأخوات للأم ، بدليل ما روى أن سعد بن أبي وقاص وابن مسعود كانا يقرأنها « وله أخ أو أخت من أم فلي كل واحد منهما السدس ، والقراءة الشاذة تحل محل الاخبار عن النبي (ص) أو التفسير ، فيجب العمل به ، ولأن إرث الإخوة للأم إرث بالرحم المحض ولا تعصيب لهم فاستوى ذكرهم وأنثاهم كالأبوين مع الابن

وأما مسألة الأب فله ثلاث حالات : حالة يرث بالفرض لا غير ، وحاله يرث فيها بالتعصيب لا غير . وحالة يرث فيها بالفرض والتعصيب

فأما الحالة التي يرث فيها بالفرض لا غير فهو إذا كان مع الابن أو ابن الابن فإن فرض الأب السدس لقوله تعالى « ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد ، والمراد بالولد هنا الذكر .

وأما الحالة التي يرث فيها بالتعصيب لا غير فتقسم قسمين : أحدهما ينفرد بجميع المال وهو إذا لم يكن معه من له فرض غير الابنة ، مثل أن كان معه أم أو أم أم أو زوج أو زوجة فإنه يأخذ ما بقي عن فرض هؤلاء بالتعصيب لقوله تعالى « فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلا منه الثلث ، فأضاف المال الى الأبوين ثم قطع الام منه الثلث ولم يذكر حكم الباقي ، فدل على أن جميعه للأب

وأما الحالة الثالثة التي يرث فيها بالفرض والتعصيب فهو إذا كان أب وإبنة أو إبنة ابن فإن للأب السدس بالفرض وللإبنة أو لابنة الابن النصف والباقي للأب بالتعصيب ،

وقيل إن رجلاً سأل الشعبي عن رجل مات وخلف بنتاً وأباً فقال له : للإبنة النصف والباقي للأب ، فقال أصبحت المعنى وأخطأت العبارة . قل للأب السدس وللإبنة النصف والباقي للأب . وهكذا لو خلف ابنتين وأباً ؛ أو إبنة ابن وأباً ، فللأب السدس وللإبنتين الثلثان والباقي للأب .

(فرع) وأما الجد ففرضه السدس مع الابن أو ابن الابن لاجتماع الأمة على ذلك . وإن مات رجل وخلف جداً أو ابنة ابن قال المسعودي فمن أصحابنا من قال للجد السدس بالفرض وللأبنة أو ابنة الابن النصف والباقي للجد بالنصيب كما قلنا في ابنة وأب . ومنهم من قال يجوز أن يقال للأبنة النصف والباقي للجد . وأما مسألة الجدة فقد قال الشافعي رضي الله عنه ولا يرث مع الأب أبواه ولا مع الأم جده .

وجملة ذلك أن الأم تحجب الجدات من جهتها ومن جهة الأب ، لما روى عبد الله بن زيد أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى الجدة السدس إذا لم يكن دونها أم ، فشرط في إرث الجدة إذا لم يكن هناك أم . فدل على أنه إذا كان هناك أم أنه لا شيء للجدة . ولأن أم الأم تدلى بالأم . ومن ادلى بشخص لم يشاركه في الميراث كابن الابن مع الابن .

وأما أم الأب فإنه لا يرث معه أبواه ، لأن الجد يدلى بالأب ، ومن أدلى بعصبة لم يشاركه في الميراث كابن الابن لا يشاركه الابن ، وكذلك لا يرث مع الأب أحد من أجداده لما ذكرناه في الجد . ولا يحجب الأب أم الأم لأنها تدلى بالأم ، والأب لا يحجب الأم فلم يحجب أمها كما لا يحجب الأب ابن الابن ، وكذلك أم الأم ترث مع الجد لأن الأب إذا لم يحجبها فلا يرثها الجد أولى . وكذلك الجد لا يحجب أم الأب لأنها تساويه في الدرجة والادلاء إلى الميت

قال أصحابنا وجميع هذه المسائل في الحجب لا خلاف فيها ، وأما الأب فهل يحجب أم نفسه ؟ اختلف أصحابنا فيه ، فذهب الشافعي إلى أنه لا يحجبها ، وبه قال من الصحابة عثمان وعلي وزيد بن ثابت . ومن التابعين شريح . ومن الفقهاء الأوزاعي والليث ومالك وأبو حنيفة وأصحابه

وذهب عمر بن الخطاب وابن مسعود وأبو موسى وعمران بن الحصين إلى أنه لا يحجبها بل ترث معه من ولده ، وبه قال أحمد وإسحاق وابن جرير الطبري لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم ورث امرأة من ثقيف مع ابنها ، دليلنا أنها تدلى بولدها فلم يشاركه في الميراث كأم الأم لا ترث مع الأم

وأما الخبر في الجدة التي ورثت مع ابنها فيجوز أن يكون لها ابنان فمات أحدهما وخلف ابناً ثم مات ابن ابنها وخلف همه وجدته أو يجوز أن يكون الابن كافراً أو فاتلاً أو مملوكاً ، إذا ثبت هذا ومات رجل وخلف أباه وأم أمه وأم أبيه فإن البغداديين من أصحابنا قالوا : لأم الأم السدس والباقي للأب . قال المسمودي فيه وجهان . أحدهما هذا ، والثاني أن الجدة أم الأب تحجب أم الأم عن نصف السدس وبأخذ الأب مع باقي المال ، ووجهه أنهم لو اجتمعوا لشاركوها في نصف السدس واستحقته ، فإذا كان هناك الأب استحق ما كانت تستحقه لأنها تدلى به ، والاول هو المشهور ، ولا ترث ابنة الابن مع الابن لما ذكرناه في أم الأب والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يرث ولد الأم مع أربعة مع الولد وولد الابن والأب والجدة لقوله عز وجل « وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس » فورثهم في الكلالة ، والكلالة من سوى الوالد والولد ، والدليل عليه ما روى جابر رضى الله عنه قال « جاءني النبي صلى الله عليه وسلم يموهني وأنا مريض لا أعقل ، فتوضأ وصب من وضوئه عليّ فعقلت ، فقلت يا رسول الله لمن الميراث وإنما يرثي كلالة ، قال فنزلت آية الفرض ، وروى أنه قال كيف أصنع في مالي ولى أخوات ، فنزلت آية الموارث : يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة ، والكلالة هو من ليس له ولد ولا والد ، وله أخوة : ولأن الكلالة مشتق من الأكليل وهو الذي يحتاط بالرأس من الجوانب ، والذين يحيطون بالميت من الجوانب الأخوة ، فأما الوالد والولد فليس من الجوانب ، بل أحدهما من أعلاه والآخر من أسفله ، ولهذا قال الشاعر يمدح بني أمية :

ورثتم قناة الملك لا عن كلالة عن ابني مناف عبد شمس وهاشم

(فصل) ولا يرث ولد الأب والأم مع ثلاثة ، مع الابن وابن الابن والأب ، والدليل عليه قوله عز وجل « يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة

إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلما نصف ما ترك وهو يرثها إن لم يكن لها ولد ، فورثهم في السكالة ، وقد بينا أن السكالة أن لا تكون والدأ ولا ولدأ .

(فصل) وإذا استكمل البنات الثلاثين ولم يكن مع من دونهن من بنات الابن ذكر لم يرثن . لما روى الأعمش عن إبراهيم قال : قال زيد رضي الله عنه إذا استكمل البنات الثلاثين فليس لبنات الابن شيء إلا أن يالحق بهن ذكر ، فيرد عليهن بقية المال : إذا كان أسفل منهن رد على من فوقه للذكر مثل حظ الأنثيين ، وإن كن أسفل منه فليس لهن شيء ، وبقية المال له دونهن ، ولأننا لو ورثنا من دونهن من بنات الابن فرضاً مستأنفاً لم يجوز لأنه ليس للبنات بالبنوة أكثر من الثلاثين ، وإن شركنا بينهن وبين بنات الابن لم يجوز ، لأنهن أنزل منهن بدرجة فلا يجوز أن يشـاركـنهن ، وإن استكمل الأخوات اللآب والآم الثلاثين ولم يكن مع الأخوات اللآب ذكر يعصبنهن لم يرثن لما ذكرناه من المعنى في البنات وبنات الابن .

(فصل) ومن لا يرث ممن ذكرناه من ذوى الأرحام أو كان عبداً أو قاتلاً أو كافراً لم يحجب غيره من الميراث ، لأنه ليس بوارث فلم يحجب كالاجنبي .

(الشرح) حديث جابر أخرجه أحمد قال ثنا سفيان أنبأنا ابن المنـكدر أنه سمع جابراً يقول : مرضت فأتاني النبي صلى الله عليه وسلم يعودني هو وأبو بكر ماشيين ، وقد أغمى على فلم أكله ، فتوضأ فصبه على فأفقت وقلت : يا رسول الله كيف أصنع في مالي ولى أخوات ؟ قال : فنزلت آية الميراث « يستفتونك قل الله يفتيكم في السكالة » ، كان ليس له ولد وله أخوات .

وفي رواية الصحيحين عن جابر رضي الله عنه قال « عادني رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو بكر في بني سلمة يمشيان ، فوجدني لا أعقل - زاد في رواية الكشميهني : شيئاً ، وقد ترجم البخاري له في صحيحه : باب عيادة المغمى عليه وفي باب الاعتصام من صحيح البخاري بأنه صب عليه نفس الماء الذي توضأ به ، وفي باب عيادة المريض : فتوضأ النبي صلى الله عليه وسلم ثم صب وضوءه على وفي لفظ عند أبي داود : فنفخ في وجهي فأفقت ، وفي الصحيحين من رواية رافع

ابن خديج : فنزلت : يوصيكم الله في أولادكم . فقد قيل : انه وهم وأن الصواب أن الآية التي نزلت في قصة جابر هي الآية الأخيرة من سورة النساء وهي : يستفتونك . قال الشعبي : قلت لمحمد بن المنكدر : يستفتونك قل الله يفتيكم في السلالة ؟ قال : هكذا أنزلت .

أما الأحكام : فإن الأخوة والأخوات للأم فيسقطون عن الإرث مع أحد أربعة ، مع الأب أو الجد الوارث أو مع الولد ذكراً كان أو أنثى واحداً كان أو أكثر أو مع والد البنين ، سواء كان ولد الابن ذكراً أو أنثى ، واحداً كان أو أكثر : والدليل عليه قوله تعالى : وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلي كل واحد منهما السدس ، فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث ، فورثهم بالكلالة ، والكلالة هو من لا ولد له ولا والد .

والدليل عليه الكتاب والسنة والجماع واللغة . فالكتاب يستفتونك قل الله يفتيكم في السلالة إن أمروا بملك ليس له ولد . فنص على أن السلالة من لا ولد له ، والاستدلال من الآية أن السلالة أيضاً من لا والد له لقوله تعالى : وله أخت فلها نصف ما ترك وهو يرثها إن لم يكن لها ولد ، فورث الأخت نصف مال الأخ وورث الأخ جميع مال الأخت إذا لم يكن لها ولد ولا والد .

وأما السنة : فرواية جابر كيف أصنع بمالي ؟ إنما ترثني كلالة ، ولم يكن له ولد ولا والد ، فأقره النبي صلى الله عليه وسلم على ذلك .

وأما الإجماع فروى عن أبي بكر وعلي وابن مسعود وابن عمر رضي الله عنهم أنهم قالوا السلالة من لا ولد له ولا والد ، ولا يخالف لهم .

وأما اللغة ، فإن السلالة مأخوذة من الأكليل ، والأكليل إنما يحيط بالرأس من الجوانب ، ولا يتعلق عليه ولا ينزل عنه ، والأب يعلو الميت ، وولده ينزل عنه ، كذلك السلالة يحيط بالميت من الجوانب ولا تعلو عليه ولا تنزل عنه ، ولهذا قال الشاعر الأموي يمدحهم :

ورثتم قناة الملك لا عن كلالة عن ابني مناف عبد شمس وهاشم
أي لم ترثوا الملك عن هو مثلكم ، وإنما ورثتموه عن هو أعلى منكم ،

عن عثمان بن عفان جدكم . وعثمان ورثه عن جده عبد شمس وعبد شمس ورثه
عن هاشم جد النبي صلى الله عليه وسلم . وقال ابن بطال : لأن بنى أمية ورثوا
الخلافة عن عثمان رضى الله عنه وأبوه من بنى عبد شمس وأم أمه من بنى هاشم ،
وهى البيضاء بنت عبد المطالب بن هاشم لجده لا أمه عمه النبي صلى الله عليه وسلم
أما مسألة الإخوة والأخوات للأب والام فإنهم لا يرثون مع أحد ثلاثة ،
مع الأب أو مع الإبن أو ابن الإبن لقوله تعالى : يستفتونك قل الله يفتيكم في
الكلالة إن امرؤ هلك ، الإيه . فورث للأخت من أخيم بالكلالة ، وقد دللنا
على أن الكلالة من لا ولده ولا والد

ثم دل الدليل على أنهم يرثون مع البنات وبنات الإبن ومع الجد ، وبقي الأب
والإبن وابن الإبن على ظاهر الآية ، ولا ترث الأخوة والأخوات للأب مع
مع أحد أربعة : الأب والإبن وابن الإبن لما ذكرناه . ولا مع الأخت للأب
والام لأنها أقرب منهم

أما مسألة الحجب فإنه حجبان : حجب إسقاط وحجب نقصان . فأما حجب
الإسقاط فمثل حجب الإبن الإخوة والأخوات وبنيتهم . والإمام وبنيتهم . ومثل
حجب الأخوة لبني الأخوة والإمام وبنيتهم ، ومثل حجب الأب الإخوة .
وأما حجب النقصان فمثل حجب الولد للزوج من النصف إلى الربع ، وحجب
الزوجة من الربع إلى الثمن ، ومثل حجب الام من الثلث إلى السدس . إذا ثبت
هذا فإن جميع من ذكرنا من لا يرث من ذوى الأرحام والكفار والمملوكين
والقاتلين ومن عمى موته فإنه لا يحجب غيره . وبه قال الصحابة والفقهاء . كاه
إلا ابن مسعود فإنه قال . يحجبون حجب النقصان . ووافق أنهم لا يحجبون
حجب الإسقاط .

ودليلنا أن كل من لا يحجب حجب الإسقاط لم يحجب حجب النقصان كابن
البنات ، ولأنه ليس بوارث فلم يحجب غيره كالأجنبي ، فإن قبل الأخوان
لا يرثان مع الأب ويحجبان الام فالجواب أنهما وارثان ، وإنما أسقطهما من هو
أقرب منهما ، وهؤلاء ليسوا بورثة في الجملة

(فرع) قال الشافعي رضى الله عنه : وبنو الأخوة لا يحجبون الام عن الثلث

ولا يرثون مع الجد ، وهذا صحيح . بنو الاخوة لا يحجبون الام من الثلث الى السدس ، سواء كان بنى اخوة لأب وأم أو لأب لقوله تعالى : وورثه أبواؤه ، ليس لما حجبها الاولاد حجبها اولاد الاولاد ، هلا قلتم لما حجبها الاخوة حجبها اولادهم ؟ قلنا : الفرق بينهما أن حجب الاولاد أقوى من حجب الاخوة ، بدليل أن الواحد من الاولاد حجب الأم ، فمن حيث هو أقوى تعدى حجب ذلك الى ولده ، وحجب الاخوة أضعف لأنه لا يحجبها إلا إثنان منهم عندنا . وعند ابن عباس لا يحجبها إلا ثلاثة . فمن حيث ضعف حجبهم لم يتعد حجبهم الى اولادهم ، ولأن كل من حجب الولد حجب ولد الابن ، لأن الولد يحجب الاخوة فحجبهم ولده ؛ والولد يحجب الاب فحجب ولده ، وليس كذلك ولد الاخوة فانهم لا يحجبون من يحجب أبوم ، ألا ترى أن الاخ لأب والام يحجب الاخ لأب ومعلوم أن ابن الاخ لأب والام لا يحجب الاخ لأب ، بل الاخ لأب يسقط ابن الاخ لأب والام ولا يرث بنو الاخوة من الجد لأن الجد أقرب منهم فأسقطهم . والله تعالى أعلم بالصواب

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن اجتمع أصحاب فروض ولم يحجب بعضهم بعضا فرض لكل واحد منهم فرضه فإن زادت سهامهم على سهام المال أعيامت بالسهم الزائد ودخل النقص على كل واحد منهم بقدر فرضه ، فإن ماتت امرأة وخلفت زوجا وأما وأختين من الام وأختين من الاب والام فللزوجة النصف وللأم السدس وللأختين من الام الثلث والأختين من الاب والام الثلثان ، وأصل الفريضة من ستة وتعول إلى عشرة ، وهو أكثر ما تعول اليه الفرائض لأنهن عالت بثلاثين وتسمى أم الفروخ لكثرة السهام العائلة ، وتسمى الشريحية لأنهن احدثت في أيام شريح وقضى فيهن .

وإن مات رجل وخلف ثلاث زوجات وجدتين وأربع أخوات من الام وثمانى أخوات من الاب والام ، فللزوجة الربع وللجدتين السدس وللأخوات من الام الثلث وللأخوات من الاب والام الثلثان ، وأصلها من اثني عشر وتعول

إلى سبعة عشر وهو أكثر ما يعول إليه هذا الأصل وتسمى أم الأرامل ، وإن مات رجل وخلف زوجة وأبوين وابنتين فللزوجة الثمن وللأبوين السدسان وللإبنتين الثلثان وأصلهما من أربعة وعشرين وتعول إلى سبعة وعشرين وتسمى المنبرية ، لأنه روى أن علياً كرم الله وجهه سئل عن ذلك وهو على المنبر فقال صار ثمنها تسعاً .

وإن ماتت امرأة وخلفت زوجاً وأماً وأختاً من أب وأم فللزوجة النصف وللأخت النصف وللأم الثلث ، وأصلها من ستة وتعول إلى ثمانية وهي أول مسألة أعليت في خلافة عمر رضي الله عنه وتعرف بالمباهلة ، فإن ابن عباس رضي الله عنه أنكر العول وقال هذان النصفان ذهباً بالمال فأبى موضع الثلث ف قيل له والله إن مات أو متنا فبقسم ميراثنا إلا على ما عليه القوم ، قال فلندع أبناءنا وأبنائهم ونساءنا ونسائهم وأنفسنا وأنفسهم ، ثم نبتل فنجعل لعنة الله على الكاذبين ، والدليل على إثبات العول أنها حقوق مقدرة متفقة في الوجوب ، ضاقت التركة عن جميعها فقسمت التركة على قدرها كالديون

(الشرح) إذا اجتمع أصحاب الفروض وضاقت سهام المال عن أنصبتهم ، أعليت الفريضة التي زيد في حسابها ليدخل النقص على كل واحد منهم بقدر حقه . والعول هو الرفع .

قال الفيومي في المصباح : عالت الفريضة عولا ارتفع حسابها وزادت سهامها فنقصت الانصبا ، فالعول نقبض الرد ، ويتعدى بالآلف في الأكثر ، وينفسه في لغة ، فيقال أعال زيد الفريضة وعالها ، وعال الرجل عولا جار وظلم . وقوله تعالى : ذلك أدنى ألا تعولوا . قيل معناه ألا يكتر من تعولون . وقال مجاهد : لا تميلوا ولا يوروا .

وقال العمراني في البيان : وإنما سمي عولا للرفع في الحساب إلى الزيادة فيه . إذا ثبت هذا فأصول حساب الفرائض سبعة : الاثنان ، والثلاثة ، والأربعة ، والسته ، والثمانية ، والاثناعشر ، والأربعة وعشرون . فأربعة من هذه الأصول لا يعول قط ، وهي الاثنان والثلاثة والأربعة والثمانية ، وثلاثة من

هذه الأصول يعول ، وهي الستة - والاثناعشر والاربعة - وعشرون . فأما أصل الستة - فإنه يعول الى سبعة وثمانية وتسعة وعشرة . فأما التي تعول الى سبعة فهي اذا ماتت امرأة وخلفت زوجا وأختين لأب وأم ، فللزوجة النصف ثلاثة والاختين الثلثان أربعة . فذلك سبعة . أو مات رجل وخلف أختين لأب وأم وأختين لأُم وأما أو جدة فللاختين الأب والام الثلثان أربعة والاختين الأم الثلث سهمان وللأم أو الجدة سهم وهو السدس فذلك سبعة ، فتتهور أن يكون الميت فيها رجلا أو امرأة .

وأما التي تعول الى ثمانية ، فمثل أن يكون هناك أختان لأب وأم وأخ لأُم وزوجة فللاختين لأب والأم الثلثان أربعة والاخ الأم السدس سهم وللزوجة النصف ثلاثة . وكذلك اذا خلفت زوجا وأختا لأب وأم أو لأب وأما فللزوجة النصف ثلاثة وللأخت النصف ثلاثة وللأم الثلث سهمان وتعرف هذه المسألة بالمباهلة ، فإنها حدثت في أيام عمر رضى الله عنه ، فقضى فيها عمر كذلك فأنكره ابن عباس وقال : من شاء باهله فيها ، واليهالة اللعنة .

وأما التي تعول الى تسعة فمثل ان تموت امرأة وت خلف أختين لأب وأم وزوجا فللاختين الثلثان أربعة والاخوين الأم الثلث وللزوج النصف . وأما التي تعول الى عشرة ، فمثل ان تموت امرأة وت خلف زوجا وأختين لأب وأم واخوين لأُم وأما أو جدة وللزوج النصف ثلاثة والاخوين الأب والام الثلثان أربعة . والاخوين للام الثلث سهمان والام أو للجدة سهم فذلك عشرة . وهي أكثر ما تعول اليه الفرائض لأنها عالت بثلاثيها . وتسمى ام الفروخ لكثرة ما فرخت وعالت به من السهام ، وتسمى الشريحية لأنها حدثت في زمان شريح فقضى بها كذلك . وكان الزوج يقول : جعل لي شريح النصف فلما كان وقت القسمه لم يعط النصف ولا الثلث . وقال شريح : أراك رجلا جائراً تذكر الغنوى ولا تذكر القصة .

وإذا عالت الفريضة إلى ثمانية أو تسعة أو عشرة فلا يحتمل أن يكون ذكراً
وأما أصل الاثنى عشر فإنها تعول إلى ثلاثة عشر وخمسة عشر وسبعة عشر ،
فأما التي تعول إلى ثلاثة عشر فمثل أن يموت رجل ويخلف زوجة وأختين لأب
وأماً وأماً أو جدة فالأختين الثلثان ثمانية وللزوجة الربع ثلاثة والأم أو الجدة
السدس سهمان فيتصور في التي تعول إلى ثلاثة عشر أن يكون الميت رجلاً أو
امراً ، وأما التي تعول إلى خمسة عشر فمثل أن يكون هناك زوجة وأختان لأب
وأماً وأخوان لأم فللزوجة الربع ثلاثة والأختين للاب والأم الثلثان ثمانية
والأخوين للأم الثلث أربعة . أو تموت امرأة فتخلف زوجاً وابنتين وأبوين
فللزوجة الربع ثلاثة والابنتين الثلثان ثمانية وللأبوين السدسان أربعة ، فتصور
أن يكون الميت فيها رجلاً أو امرأة .

وأما التي تعول إلى سبعة عشر كان يكون هناك زوجة وأختان لأب وأماً
وأخوان لأم وأماً أو جدة ، فللزوجة الربع ثلاثة والأختين للاب والأم الثلثان
ثمانية والأخوين للأم الثلث أربعة ، وللأم أو الجدة السدس سهمان فذلك سبعة
عشر ، وهذا أكثر ما يعول إليه هذا الأصل ، وتسمى أم الأرامل لأنه لا يتصور
أن يكون الميت فيها إلا رجلاً .

وأما أصل أربعة وعشرين فإنه يعول إلى سبعة وعشرين لا غير ، وهو أن
يكون هناك زوجة وابنتان وأبوان ، فللزوجة الثمن ثلاثة والابنتين الثلثان ستة
عشر وللأبوين السدسان ثمانية ، ولا يتصور أن يكون الميت معها إلا رجلاً
وتسمى المنبر به ، لأن علياً رضي الله عنه سئل عنها وهو على المنبر فقال : حاد
ثمانها تسعاً .

إذا ثبت هذا : فقد قال بالاعول الصحابة - كآفه وذلك أنه - حدث في أيام عمر
رضي الله عنه أن امرأة ماتت وخلفت زوجاً وأختاً لأب وأماً فأستشار
الصحابة فيها فأشار العباس عليه بالاعول فقالوا : صدقت ، وكان ابن عباس يومئذ
صبياً فلما بلغ أنكر الاعول وقال : من شاء باهله ، وروى عن عبد الله بن مسعود
أنه قال : التقيت أنا وزفر بن أوس الطائي فذهبتنا إلى ابن عباس وتحدثنا معه فقال

ان الذي أحصى رسل عاج عدداً لم يجعل في مال نصفاً ونصفاً وثلاثاً قال صفان ذهباً بالمال ، فأين الثلث ، فقال له زفر : من أول من أعال المسائل ، فقال عمر فقال ابن عباس : وايم الله لو قدموا من قدم الله وأخروا من أخره الله ، ما عالت فريضته قط ، فقال له زفر : من المقدم ومن المؤخر ، فقال : من أهبط من فرض الى فرض فهو المقدم ، ومن أهبط من فرض الى ما بقي فهو المؤخر ، فقال زفر : هلا اشرت عليه ، فقال : هبته ، وكان امرأ مهيباً ، فكان ابن عباس يدخل النقص على البنات والأخوات ويقدم الزوج والزوجة والام ، لأنهم يستحقون الفرض بكل حال ، والبنات والأخوات تارة يفرض لهن وتارة لا يفرض لهن ، فيقول في زوجه وابنتين وابوين : للزوجة الثمن وللأبوين السدسان ثمانية وللبنتين مابقي وهو ثلاثة عشر .

ودليلنا ما روى ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : اقسموا الفرائض على كتاب الله عز وجل ، ووجدنا ان الله فرض لكل واحد من ذكرنا من البنات والأخوات فرضاً فوجب ان يقسم ذلك لهن ، ولأن الأخوات اقوى حالا من الام ، والبنات اقوى حالا من الزوج والزوجة بدليل ان البنات يحجب الزوج والزوجة ، من النصف والربع الى الربع والثلث ، والزوجان لا يحجبانهما ، والأخوات يحجبان الام والام لا تحجبهن ، فكيف يجوز تقديم الضعيف على من هو اقوى منه ، ولانه لا خلاف ان رجلاً لو اوصى لرجل بثلث ماله ولم يحز الورثة يقسم الثلث بينهما ، واذا ضاق مال المفلس عن ديونه قسم بينهم على قدر ديونهم ، فوجب اذا ضاقت التركة عن سهام التركة ان يجعل لكل واحد منهم على قدر سهمه حسب قانون النسبة ويضرب به ، ولانه اذا كان هناك زوج واختان لام وام فلا بد ان ينتقض فيها بعض اصول ابن عباس ، لانه قال للزوج النصف والام السدس وللأختين الثلث فنقض اصله في ان الأختين تحجبان الام من الثلث الى السدس ، وان قال : للزوج النصف وللأم الثلث وللأختين الثلث فنقض اصله لانه ادخل النقص على من له فرض مقدر لا ينتقض عنه ، وان قال : للزوج النصف وللأم الثلث وللأختين للام الثلث اعال الفريضة فنقض اصله في المول ، والله تعالى اعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن اجتمع في شخص جهتا فرض ، كالمجوسى إذا تزوج ابنته فأتت منه بنت ، فإن الزوجة صارت أم البنت وأختها من الأب ، والبنت بنت الزوجة وأختها ، فإن ماتت البنت ورثتها الزوجة بأقوى القرابتين وهى بكرها أما ، ولا ترث بكونها أختا ، لأنها شخص واحد اجتمع فيه شيئان يورث بكل واحد منهما الفرض ، فورث بأقوامها ولم ترث بهما ، كالأخت من الأب والأم وإن ماتت الزوجة ورثتها البنت النصف بكونها بنتا ، وهل ترث الباقى بكونها أختا ، فيه وجهان .

(أحدهما) لا ترث ، لما ذكرناه من العلة .

(والثانى) ترث ، لأن إرثها بكونها بنتا بالفرض وإرثها بكونها أختا بالنصف لأن الأخت مع البنت عصبة ، لحاز أن ترث بهما كاخ من أم وهو ابن عم .

(الشرح) كان في بعض الشعوب القديمة إباحة الزوج بالإبنة والأخت كالمصريين فقد كان فراعينهم يتزوجون بأخواتهم كزواج توت عنخ آمون من شقيقته نفر تيتى ، وكذلك فعل رعمسيس وغيره من هؤلاء ، وكذلك المجوس في فارس وخراسان والهند ، وقد شبب المتنبي في شعره وتغزل في أخته فقال لا سامحه الله :

يا أخت معتنق الفوارس فى الوغى لاخوك ثم ارق منك وارحم
يرنو اليك مع العفاف وعنده ان المجوس تصيب فيها تحكم

أما الأحكام : فإنه إذا ادلى شخص بنفسين أو سببين الى مورثه فإنه يورث بكل واحد منهما فرضا مقدرا مثل ان يتزوج المجوسى ابنته فأولادها بنتا فلا خلاف انهما لا يورثان بالزوجية ، وأما القرابة فإنهما قد صارتا أختين لأب واحد هما أم الأخرى ، فإن مات الأب كان لابنته الثلثان ومابقى لعصبتها ؛ فإن ماتت السفلى ورثتها الأخرى بأقوى القرابتين ، وهى كونها أما ، وهكذا لو وطىء مسلم ابنته بشبهة فأتت ببنت فإنها بنتها وأختها لأب ؛ فإن ماتت البنت السفلى ورثتها أمها

بكونها أما لا يكونها أختا ، وبه قال زيد بن ثابت ومن الفقهاء مالك . وذهب على
 وابن مسعود وابن أبي ليلى وأبو حنيفة وأصحابه إلى أنها ترث بالقرابتين . دليلنا
 أنها قرابتان يرث بكل واحدة منهما فرض مقدر فوجب أن لا يرث بهما معا ،
 كالاخت للآب والام لا ترث بكونها أختا لآب وأختا لأم . وإن ماتت الام
 ورثتها بكونها بنتا النصف . وهل ترث الباقي بكونها أختا ؟ فيه وجهان

(أحدهما) لا ترث للعلة الاولى (والثاني) وهو قول أبي حنيفة أنها ترث
 بكونها بنتا النصف بالفرض ، وترث بكونها أختا الباقي بالتعصيب ، فجاز أن ترث
 بهما كاخ من أم هو ابن عم . وإن أتت منه يابن وابنة ثم مات الآب كان ماله
 لابنه وابنته للذكر مثل حظ الانثيين . وإن ماتت بعد ذلك البنت التي هي زوجة
 كان ماله لابنتها وابنها ولا يرثان بالاخوة .

وإن مات الابن وخلف أما وهي أخت لآب وأختا لآب وأم فعندنا للام
 الثلث ولا شيء لها بكونها أختا لآب ، والاخت للآب والام النصف والباقي للعصبة
 وعند أبي حنيفة للاخت للآب والام النصف ، وللأم بكونها أما السدس ، ولها
 بكونها أختا لآب السدس فوافقنا في الجواب وخالفنا في المعنى ، والله اعلم

قال المصنف رحمه الله :

باب ميراث العصبة

العصبة كل ذكر ليس بينه وبين الميت انثى وهم الآب والابن ومن يدلى بهما
 وأولى العصبات الابن والآب لانهما يدلان بأنفسهما ، وغيرهما يدلى بهما ، فإن
 اجتمعما قدم الابن لان الله عز وجل بدأ به فقال ، يوصيكم الله في اولادكم للذكر
 مثل حظ الانثيين ، والعرب تبدأ بالام فالام ، ولان الآب اذا اجتمع مع الابن
 فرض له السدس وجعل الباقي للابن ، ولان الابن يعصب أخته والآب لا يعصب
 أخته . ثم ابن الابن وان سفل لانه يقوم مقام الابن في الارث والتعصيب ، ثم
 الآب لان سائر العصبات يدلون به ، ثم الجد ان لم يكن اخ لانه أب الآب ثم
 أبو الجد وان علا ، وان لم يكن جد فالاخ لانه ابن الآب ثم ابن الاخ وان سفل

ثم العم لأنه ابن الجسد ثم ابن العم وإن سفل ثم عم الأب لأنه ابن أبي الجسد ثم ابنه وإن سفل ، وعلى هذا أبداً .

(فصل) وإن انفرد الواحد منهم أخذ جميع المال ، والدليل عليه قوله عز وجل : إن أمروا هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك ، وهو يرثها إن لم يكن لها ولد ، فورث الأخ جميع مال الأخت إذا لم يكن لها ولد ، وإن اجتمع مع ذي فرض أخذ ما بقي ، لما روينا من حديث جابر رضي الله عنه أن النبي (ص) ورث أخا سعد بن الربيع ما بقي من فرض البنات والزوجة ، فدل على أن هذا حكم العصبية .

(فصل) وإن اجتمع إثنان قدم أقربهما في الدرجة لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : الحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فهو لأولى عصبية ذكر . وإن اجتمع إثنان في الدرجة وأحدهما يدلي بالأب والام والآخر يدلي بالأب قدم من يدلي بالأب والام ، لأنه أقرب ، وإن استويا في الدرجة والإدلاء استويا في الميراث لتساويهما .

(فصل) ولا يعصب أحد منهم أنثى إلا الابن وابن الابن والأخ فإنهم يعصبون أخواتهم . فأما الابن فإنه يعصب أخواته للذكر مثل - حظ الانثيين ، لقوله تعالى : يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين ، وأما ابن الابن فإنه يعصب من يحاذيه من أخواته وبنات عمه ، سواء كان لهن شيء من فرائض البنات أو لم يكن .

وقال أبو ثور : إذا استكمل البنات الثلاثين فالباقي لابن الابن ولا شيء لبنات الابن ، لأن البنات لا يرثن بالبنوة أكثر من الثلاثين ؛ فلو عصبنا بنت الابن بابن الابن بعد استكمال البنات الثلاثين صار ما تأخذه بالتعصيب زيادة على الثلاثين وهذا خطأ لقوله تعالى : يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين ، والولد يطلق على الأولاد وأولاد الأولاد . والدليل عليه قوله تعالى : يا بني آدم ، وقوله صلى الله عليه وسلم لقوم من أصحابه : يا بني اسماعيل ارموا أباكم كان رامياً ولأنه يقال لمن ينتسب إلى تميم وطى : بنو تميم وبنو طى .

وقوله : انهن لا يرثن بالبنوة أكثر من الثلثين ، فإنما يمتنع ذلك من جهة
الفرض ، فأما في التعصيب فلا يمتنع ، كما لو ترك إبناً وعشر بنات فإن للإبن
السدس وللبنات خمسة أسداس وهو أكثر من الثلثين . وأما ابن ابن الابن وإن سفل
فإنه يعصب من يحاذيه من أخواته وبنات عمه ، سواء بقي أم من فرض البنات
شيء أو لم يبق كما يعصب ابن الابن من يحاذيه . وأما من فوقه من العمات فينظر
فيه فإن كان لمن من فرض البنات من الثلثين أو السدس شيء أخذ الباقي ولم
يعصبهن لانهن يرثن بالفرض ، ومن ورث بالفرض بقراءة لم يرث بالتعصيب
بتلك القراءة ، وإن لم يكن لمن من فرض البنات شيء عصبهن ، لما روى عن زيد
ابن ثابت رضي الله عنه أنه قال : إذا استكمل البنات الثلثين فليس لبنات الابن
شيء إلا أن يلحق بهن ذكر فيرد عليهن بقية المال إذا كان أسفل منهن رد على
من فوقه للذكر مثل حظ الأنثيين ، وإن كن أسفل منه فليس لمن شيء وبقيّة
المال له دونهن ، ولأنه لا يجوز أن يرث بالبنوة مع البعد ، ولا يرث عماته مع
القرب ، ولا يعصب من هو أنزل منه من بنات أخيه ، بل يكون الباقي له لما
ذكرناه من قول زيد بن ثابت ، فإن كن أسفل منه فليس لمن شيء وبقيّة المال
له دونهن ؛ ولأنه عصبية فلا يرث معه من هو دونه كالأبن مع بنت الابن . وأما
الأخ فإنه يعصب أخواته ، لقوله تعالى : وإن كانوا إخوة رجالاً ونساء فللذكر
مثل حظ الأنثيين .

(فصل) ولا يشارك أحد من العصبات أهل الفروض في فروضهم إلا ولد
الاب والام فانهم يشاركون ولد الام في ثلثهم في المشتركة ، وهي زوج وأم أو
جدة واثنان من ولد الام وولد الاب والام ، واحداً كان أو أكثر ، فيفرض
للزوج النصف والام أو الجدة السدس ولولد الام الثلث يشاركون ولد الاب
والام في الثلث ، لانهم يشاركونهم في الرحم الذي ورثوا بها الفرض ؛ فلا يجوز
أن يرث ولد الام ويسقط ولد الاب والام كالأب لما شارك الام في الرحم بالولادة
لم يجز أن ترث الام ويسقط الاب ، وتعرف هذه المسئلة بالمشاركة لما فيها من التشريك
بين ولد الاب والام وولد الام في الفرض وتعرف بالحارية . فانه يحكى فيها نزول الاب
والام أنهم قالوا : احسب أن أبانا كان حمرا أليس أمنا وأمم واحدة .

(الشرح) حديث سعد بن الربيع ومجىء امرأته للنبي صلى الله عليه وسلم تشكوا أخاه مضى تخريبه ، وحديث ابن عباس رواه الشيخان وأحمد في مسنده وحديث يابن إسماعيل أرموا مضى تخريبه في كتاب السبق والرمى ، أما العصبية فهي القرابة الذكور الذين يدلون بالذكور ، هذا معنى ما قاله علماء اللغة ، وهو جمع عاصب مثل كفرة جمع كافر ، وقد استعمل الفقهاء العصبية في الواحد إذا لم يكن غيره لأنه قام مقام الجماعة في إحراز جميع المال ، والشرع جعل الاثنى عصبية في مسألة الاعتاق وفي مسألة من المواريث فقلنا بمقتضاه في مورد النص ، وقلنا في غيره : لا تكون المرأة عصبية لا لغة ولا شرعا ، وعصب القوم بالرجل عصباً من باب ضرب أحاطوا به لقتال أو حماية ، فلهذا اختص الذكور بهذا الاسم لقوله عليه السلام : فلاولى عصبية ذكر ، فذكر صفة الاولى وفيه معنى التوكيد كما في قوله تعالى : إلهين اثنين . .

قال في البيان : العصبية كل ذكر لا يدلى الى الميت بأشئ ، وانما سميت عصبية لانه يجمع المال ويحوزه مشتق من العصابة لانها تحيط الرأس وتجمعه ؛ والاصل في توريث العصبية قوله تعالى : ولعلكم جعلنا موالى مما ترك الوالدان والاقربون والذين اعتدت ايمانكم ، قال مجاهد : الاقربون ههنا هم العصبية .

إذا ثبت هذا : فاقرب العصبه الابن وان سفل ثم الاب . قال المسعودى :
ومنهم من لا يسمى الابن عصبه وليس بشيء ، والدليل على أن الابن أقرب
تعصيبا من الاب قوله تعالى : يوصيكم الله في أولادكم ، فبدأ بذكر الولد قبل الوالد
والعرب لا تبدأ الا بالأم فالأم ، ولان الله تعالى فرض الاب مع الولد السدس
فدل على أن الابن اسقط تعصيب الاب ، لانه انما يأخذ السدس بالفرض ،
ولان الابن بعصب اخته بخلاف الاب . فان عدم البنون وبنوهم وبنوهم واز سفلوا كان
التعصيب لاب وكان احق من سائر العصبات لان سائر العصبات يدلون به ، فان
عدم الاب كان التعصيب للجد ان لم يكن اخ لانه يدلى بالاب ثم اب الجد وان علا
يقدمون على الاعمام . وان لم يكن جد وهناك اخ لاب وام او لاب كان التعصيب
له لانه يدلى بالاب ، فان اجتمع الاب والاخ كان المال بينهما عندنا على ما باقى

بيانه ، وإن اجتمع أخ لاب وأم وأخ لاب فالأخ للاب والام أولى لما روى علي رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالدين قبل الوصية ، وقال : إن أعيان بنى الأخ بتوارثون دون بنى العلات يرث الرجل أخاه لأبيه وأمه دون أبيه ولأنه بدلى بقرابتين فكان أولى بمن بدلى بقرابة ، فإن عدم الأخ للاب والام كان التعصيب للأخ للاب ، ويقدم على ابن الأخ للاب والام لأنه أقرب ، فإن عدم الأعمام وبنوهم كان التعصيب لأعمام الجد الأقرب فالأقرب منهم ، ثم بعدهم يكون لبنوهم وعلى هذا فإذا انفرد الواحد من العصابة أخذ جميع المال لقوله تعالى : إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك ، وهو يرثها إن لم يكن لها ولد فورث الأخ جميع مال الأخت ، وإن كان هناك اثنان من العصابة في درجة واحدة اقتسما المال بينهما لاستوائهما في النسب ، وإن كان مع العصابة من له فرض أعطى صاحب الفرض فرضه وكان الباقي للعصابة لما ذكرناه في حديث ابنتي سعد بن الربيع وزوجته وأخته ، ويعصب الابن أخته وأخواته ، لقوله تعالى : يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين ، وكذلك ابن الابن يعصب أخواته لقوله تعالى : يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة ، إلى قوله : وإن كانوا إخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين ، ومن عدا هؤلاء من العصابة لا يعصب أخواته لأنه لا فرض لهن عند انفردهن فلم يعصبن .

(فرع) وإن ماتت امرأة وخلفت زوجا وأما واثنتين من ولد الأم وأخا وأختا لاب وأم كان للام السدس وهو سهم من ستة ، وللزوج النصف ثلاثة والآخرين للام الثلث سهمان ويشاركهما في هذين السهمين الأخ والأخت للاب والام يقتسمونه بينهم الذكر والأنثى فيه سواء ، وتصح من اثني عشر للام سهمان وللزوج ستة ولكل واحد من الإخوة والأخوات سهم ، وبه قال عمر وعثمان وابن مسعود وزيد بن ثابت وشريح ومالك وإسحاق .

وقال علي بن أبي طالب وابن عباس وأبو موسى الأشعري وأبي بن كعب والشامي والثوري وأبو حنيفة وأصحابه وأحمد : يسقط الأخ والأخت للاب والام

دليلنا : أنها فريضة جمعت ولد أم وولد أب وأم يرث كل واحد منهما إذا انفرد ،
 فإذا ورث ولد الأم لم يسقط ولد الأب والأم كالأب لو انفرد ولد الأم وولد الأب
 والأم ؛ ولم يكن معهم ذو سهم غيرهم ، وهذه المسألة تعرف بالحارية لأنه يحكى
 فيها أن ولد الأب قالوا : هب أن أبانا كان حماراً أليس أمنا وأمهم واحدة ؟
 وتعرف بالمشاركة أيضاً لما فيها من التشريك بين الإخوة للأم والإخوة للأب
 والأم في الثلث ، وقد مضى لنا في العول تفصيل يشرح مسائل هذه الفصول
 فلا داعى للتكرار ؛ والله تعالى أعلم ،

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وان اجتمع في شخص واحد جهة فرض وجهه تعصيب كابن عم
 هو زوج أو ابن عم هر أخ من أم ورث بالفرض والتعصيب لانهما ارثان مختلفان
 بسببين مختلفين ، فان اجتمع ابنا عم أحدهما أخ من الأم ورث الاخ من الأم
 السدس والباقي بينه وبين الآخر .

وقال أبو ثور : المال كله للذى هو أخ من الأم لانهما عصبتان يدلى أحدهما
 بالأبوين والآخر بأحدهما فقدم من يدلى بهما كالأخوين أحدهما من الأب
 والآخر من الأب والأم ، وهذا خطأ لأنه استحق الفرض بقراءة الأم فلا يقدم
 بها في التعصيب كابن عم أحدهما زوج .

(فصل) وإن لاعن الزوج ونفى نسب الولد انقطع الثوارث بينهما لانتفاء
 النسب بينهما ، ويبقى التوارث بين الأم والولد لبقاء النسب بينهما ، وإن مات
 الولد ولا وارث له غير الأم كان لها الثلث ، وإن اتت بولدين توأمين فنفاهما
 الزوج باللعان ثم مات أحدهما وخلف أخاه ففيه وجهان (أحدهما) أنه يرثه ميراث
 الأخ من الأم لأنه لا نسب بينهما من جهة الأب فلم يرث بقربته كالتوأمين من
 الزنا إذا مات أحدهما وخلف أخاه (والثاني) أنه يرثه ميراث الاخ من الأب
 والأم لان اللعان ثبت في حق الزوجين دون غيرهما ، ولهذا لو قذفها الزوج لم يحسد
 ولو قذفها غيره حد ، والصحيح هو الاول ، لان النسب قد انتفى بينهما في حق كل
 واحد كما انقطع الفرائش بينهما في حق كل واحد كما يجوز لكل واحد ان يتزوجها .

(فصل) وإن كان الوارث خنثى ، وهو الذى له فرج الرجال وفرج النساء فإن عرف أنه ذكر ورث ميراث ذكر . وإن عرف أنه أنثى ورث ميراث أنثى . وإن لم يعرف فهو الخنثى المشكىل وورث ميراث أنثى . فإن كان أنثى وحده ورث النصف ، فإن كان معه ابن ورث الثلث وورث الابن النصف لأنه يقين ووقف السدس لأنه مشكوك فيه ، وإن كانا خنثيين ورثا الثلثين لأنه يقين ووقف الباقي لأنه مشكوك فيه ، ويعرف أنه ذكر أو أنثى بالبول ، فإن كان يبول من الذكر فهو ذكر ، وإن كان يبول من الفرج فهو أنثى ، لما روى عن علي كرم الله وجهه أنه قال : يورث الخنثى من حيث يبول . وروى عنه أنه قال : إن خرج بوله من مبال الذكر فهو ذكر . وإن خرج من مبال الأنثى فهو أنثى . ولأن الله تعالى جعل بول الذكر من الذكر ، وبول الأنثى من الفرج ، فرجع في التمييز إليه . وإن كان يبول منهما نظرت فإن كان يبول من أحدهما أكثر فقد روى المزي في الجامع أن الحكم للأكثر . وهو قول بعض أصحابنا : لأن الأكثر هو الأقوى في الدلالة . والثاني أنه لا تعتبر الكثرة لأن اعتبار الكثرة يشق فسقط ، وإن لم يعرف بالبول سئل عما يميل إليه طبعه ، فإن قال أميل إلى النساء فهو ذكر ؛ وإن قال أميل إلى الرجال فهو أنثى . وإن قال أميل إليهما فهو المشكىل ، وقد بيناه . ومن أصحابنا من قال : إن لم يكن في البول دلالة اعتبر عدد الاضلاع ، فإن نقص من الجانب الأيسر ضلع فهو ذكر ، فإن أضلاع الرجل من الجانب الأيسر أنقص ، فإن الله عز وجل خلق حواء من ضلع آدم الأيسر ، فمن ذلك نقص من الجانب الأيسر ضلع . ولهذا قال الشاعر :

هي الضلع العوجاء لست تقيمها ألا إن تقويم الضلوع انكسارها
أنجمع ضعفاً واقتداراً على الفتى ؟ أليس عجيباً ضعفها واقتدارها

(الشرح) قوله : توأمين ، واحدهما توأم ، ولا يقال للإثنين توأم ، على ما اشتهر على السنة العامة خطأ ، وإنما يقال للواحد توأم وللإثنين توأمين كالذكر والأنثى يقال لهما زوجان وكل واحد منهما زوج ، والأنثى توامة والجمع تواتم

وتؤام كدخان . قال الشاعر : قالت لنا ودمعها تؤام على الذين ارتحلوا سلام
أما الأحكام فإذا ماتت امرأة وخلفت ابني عم أحدهما زوج ورث الزوج
النصف بالفرض والباقي بينه وبين الآخر بالنصيب . وإن مات رجل وخلف
ابني عم أحدهما أخ لأم فإن للذي هو أخ لأم السدس بالفرض والباقي بينه وبين
الآخر نصفان بالنصيب ، وبه قال علي وزيد بن ثابت ومالك والاوزاعي
والثوري وأبو حنيفة

وذهب عمر وابن مسعود وشريح وأبو ثور أن المال كله لابن العم الذي هو
أخ لأم من الرجال الأقربين ، فينبغي أن يكون له نصيب ، ولأنه يدلي بنسب
يفرض له به فوجب أن لا يقوى به تعصيبه أحدهما زوج

(فرع) إذا قذف رجل امرأته بالزنا وانتفى عنه نسب ولدها ، ونفاه باللعان
فإن النسب ينقطع بين الأب والولد فلا يثبت بينهما توارث : لأن الإرث بينهما
بالنسب ولا نسب بينهما بعد اللعان ، ولا ينقطع التوارث بين الولد والام لانه
لا ينتفى عنها ، فإن ماتت الام ورث ولدها جميع مالها إن كان ذكراً ، وإن مات
الولد ولم يخلف غير الام كان لها الثلث والباقي لمولاه إن كان له مولى ، وإن لم يكن
له مولى كان الباقي لبيت المال ، وإن كان له أخ كان له السدس ولأمه الثلث
والباقي لمولاه أو لبيت المال ، وإن كان له أخوان لآب وأم كان لأمه السدس
ولأخويه لأميه وأمه الثلث والباقي لبيت المال ، وبه قال ابن عباس وزيد بن
ثابت ، وهي إحدى الروايتين عن علي

وقال أبو حنيفة : يكون للأم فرضها ويأخذ الباقي بالارث بناء على أصله
في ذلك وذهب ابن مسعود إلى أن الأم عصبه له فتأخذ ثلثها بالفرض
والباقي بالنصيب .

وذهب بعض الناس إلى أن عصبته عصبه الأم . دليلنا ما روى البخاري
ومسلم عن الزهري عن سهل بن سعد الساعدي أنه قال فرق رسول الله صلى الله
عليه وسلم بين الرجل والمرأة — يعني باللائان — وكانت حاملاً فانتفى حملاها فكان
الولد يدعى لأمه ، وجرت السنة أن يرثها وترث منه ما فرض الله لها . والذي

فرض الله الأم من الولد الثلث أو السدس ، فالظاهر يقتضي أنها لا تزداد على ذلك ولأن من ورث سهما من فريضة لم يستحق زيادة منها إلا بتعصيبه قياساً على الزوجة ، ولأن الأم لو كانت عصبية لم يسقطها المولى لأن العصبية لا تسقط بالمولى فدل على أنها ليست بعصبية .

وأما الدليل على أن عصبتهما ليس عصبية لولدها أن الأم ليست عصبية للولد فلم يكن من بدلي بها عصبية له كابن الأخ الأم . إذا ثبت هذا فإن حكم ولد الزنا حكم ولد الملاءنة لأنه ثابت النسب من أمه وغير ثابت النسب من أبيه فكان حكمه حكم ولد الملاءنة

(فرع) وإن أتت المرأة بولدين توأمين من الزنا ، أو أتت امرأة رجل بولدين توأمين فنفاهما الأب باللعان فكان التوارث بينهما وبين الأب ينقطع لما ذكرناه في الولد ولا ينقطع توارثهما بينهما وبين الأم وأما إرث أحدهما من الآخر فهل يتوارثان بكونهما أخوين لأم لا غير ؟ أو بكونهما أخوين لأب وأم ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يتوارثان بكونهما أخوين لأب وأم ، ولأن حكم اللعان إنما يتعلق بالزوجين دون غيرهما . ألا ترى أن الزوج إذا قذفها بعد اللعان لم يحسد ، وإذا قذفها غيره حد

(والثاني) إنهما يتوارثان بكونهما أخوين لأم لا غير وهو الأصح ، لأن نسبهما قد انقطع عن الأب فكيف يتوارثان به ؟

وقد روى أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي (ص) أنه جعل ميراث ابن الملاءنة لأمه ولورثتها من بعدها ،

(مسألة) إذا مات ميت وخلف وارثاً خنثى — وهو الذي له ذكر رجل وفرج امرأة — فإن كان يبول من الذكر لا غير فهو رجل ، وإن كان يبول من الفرج لا غير فهو امرأة ، لما روى عن علي كرم الله وجهه أنه قال : إن خرج بوله من مبال الذكر فهو ذكر . وإن خرج من مبال الأنثى فهو أنثى . ولأن الله تعالى أجرى العادة في الرجل أنه يبول من ذكره وأن الأنثى تبول من فرجها فترجع في التمييز إليه .

وان كان يبول منها سواء أو خلق الله له موضعاً آخر يبول منه فهو مشكل
وان كان يبول منها الا أنه يبول من أحدهما أكثر ففقيه وجهان :
(أحدهما) يعتبر بالاكثر لأنه أقوى في الدلالة .

(والثاني) لا يعتبر به ، ولأن اعتبار ذلك يشق . وحكى أن أبا حنيفة سئل
عن الخنثى المشكل فقال : يحكم بالمبال ؛ وقال أبو يوسف : ان كان يبول بهما .
قال : لا أدري قال أبو يوسف : لكي أرى أن يحكم بأسبغهما بولا . قال أبو حنيفة
أرايت لو استويا في الخروج ؟ فقال أبو يوسف بأكثرهما ، فقال أبو حنيفة بكل
أو يوزن ؟ فسكت أبو يوسف .

وقال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الخنثى يورث
من حيث يبول .

ومن روى عنه ذلك علي ومعاوية وسعيد بن المسيب وجابر بن زيد وأهل
الكوفة وسائر أهل العلم .

وقال ابن قدامة في المغني : قال ابن اللبان : روى السكابي عن أبي صالح عن
ابن عباس : أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن مولود له قُبُلٌ وذكر من ابن
يورث ؟ قال من حيث يبول ، وروى أنه عليه السلام أتى بخنثى من الانصار فقال
« ورثوه من أول ما يبول منه » .

قلت : وان لم يكن فيه دلالة من المبال فهل يعتبر فيه نبات اللحية ونهود
الشدين وعدد الاضلاع ؟ فيه وجهان

(أحدهما) يعتبر بنبات اللحية للرجال ونهود الشدين للنساء ، وان استوت
اضلاعه من الجانبين فهو امرأة ، وان نقص أحد جانبيه ضلعاً فهو رجل ، لأن
المرأة لها في كل جانب سبع عشرة ضلعاً ، والرجل من الجانب الايمن سبعة عشر
ضلعاً ومن الجانب الايسر ستة عشر ضلعاً ، لأنه يقال ان - واء خالقة من ضام
من جانب آدم الايسر ، فلذلك نقصت من الجانب الايسر من الرجال ،
ورائه عن أيهم .

ومنهم من قال : لا يعتبر بذلك ، وهو قول أكثر أصحابنا لأن اللحية قد ثبتت لبعض النساء ولا تثبت لبعض الرجال ، وروى أن بعض الرجال كان له ثدي يرضع به في مجلس هرون الرشيد ، وأما اعتبار الأضلاع فإنه يشق ولا يتوصل إلى ذلك إلا بالتشريح الطبي وقد يخفى الضلع فلا يمكن اعتبار ذلك .

إذا ثبت هذا : أو تعذر اعتباره من هذه الأشياء فإنه يرجع إلى قوله وإلى ماذا يميل طبعه ، فإن قال : أميل إلى جماع النساء فهو رجل ، وإن قال أميل إلى جماع الرجال فهو امرأة وليس ذلك ميزاً له وإنما هو سؤال له عن ميلان طبعه ، فإن أخبر بأحدهما ثم رجع عنه لم يقبل رجوعه لأنه إذا أخبر بأحدهما تعلقت به أحكام ، وفي قبول قوله في الرجوع اسقاط لتلك الأحكام فلم يجز . والإنسان وقد خلق الله فيه مركبات من الغدد التي منحها سبحانه خصائص الذكورة وأخرى منحها خصائص الأنوثة ، فبعض هذه الغدد له افرازات في الجسم ونشاط في تشكيل شكل الجسم ؛ فغدد الأنوثة يتضح عملها في كبر الأرداف وتواء الثديين وتجرد الوجه من الشعر كاللحية والشارب ، ورخامة الصوت في لبن ونعومة وارتخاء .

أما غدد الذكورة فيتضح عملها في نبات اللحية والشارب وضمور الأرداف وامتدشاق الجسم وثخانة شعر الرجل وخشونته عن شعر المرأة ، وخشونة صوت الرجل واستقامة نبراته وصحة نطقه ، وهذه الغدد يكون مركزها في بيضى المذاكير عند الرجال ومبايض المرأة القريبة من رحمها ، وقد قرأنا كثيراً من أخبار اللائي يتحولن من الإناث إلى الذكuran ، والذين يتحولون من الذكuran إلى الإناث ويحدث أشكال في تغيير هوياتهم وشهادات ميلادهم وشهادات دراساتهم . وسبيل الطب إلى تحويل هؤلاء هو دراسة أعضائهم السفلى . وتحديد النشاط الغالب على هذه الغدد فقد تكون مذاكير الرجل مطوية في عمق يظن أنه فرج ثم يقوم الطبيب بإجراء جراحة يخلص بها مذاكير الرجل الذى كان في نظر الناس امرأة لا ختفاء مذاكيره وانعكاسها إلى أسفل ، وقد تكون غدد الأنوثة أقوى بمعنى أن تكون له مبايض امرأة مرتخية في شكل الانثيين للرجل ولكن تصرفات

هذا الشخص ، وميوله تنبئ عن أنوثة حبيسة حتى إذا أجريت له جراحة لوضع غدده في مكانها الطبيعي صار امرأة .

أما بعد : فنريد وصل الطب الى تحديد حقيقة الخنثى المشكل بالاشعة والتشريح ودراسة الظواهر الخارجية التي تدل على اتجاه الغدد نحو الانوثة أو الذكورة ، فإذا رؤى اختفاء الشارب واللاحية وبروز الثديين واختفاء المذاكير وتغير الصوت وكبر الارداف عرفنا أنه امرأة وإذا عملت للشخص جراحة تخلص من الاشكال وكذلك إذا كان نشاط الغدد عكس ما قررنا كان للجراحة أيضاً دورها في تحديد نوع الشخص كرجل .

بقي بعد ذلك حكم الفقهاء في كثير من الصور الشاذة التي يحتمل وقوعها ولا يحيل العقل أو العلم حدوثها .

قال المسمودي : ان قال : أنا رجل فزوج بامرأة فخلعت امرأته وحبل هو تبينا أنه امرأة وان كان نكاحه باطلا وأن ولد المرأة غير لاحق به لأن حمله يدل على الأنوثة قطعاً .

وان قال الخنثى : أنا أشتهى جماع الرجال والنساء أو لا أشتهى واحداً منهما فهو مشكل ، والحكم في قوريث المشكل أنه يعطى ما يتبين أنه له ، وان كان معه ورثه أعطى كل واحد منهم ما يتيقن أنه له وهو أقل حقيقه ووقف الباقي حتى يتبين امر الخنثى بأي طريق من الطرق والتي أضطرها وأدقها طرق الطب الحديث التي يمتزج فيها علم النفس مع علم وظائف الأعضاء والتشريح ، وان مات ميت وخلف ابناً خنثى مشكلاً لا غير أعطى نصيب ماله ، وان كانا خنثيين أعطيا الثلثين ووقف الباقي الى ان يتبين امرهما او يصطلحوا عليه .

وقال ابو حنيفة : يعطى الخنثى المشكل ما يتبين أنه له ، ويصرف الباقي الى العصبه ، وخرج ابن اللبان وجهاً آخر وليس بمشهور ، وذهبت طائفة من البصريين الى أنه اذا خلف ابناً خنثى مشكلاً لا غير أعطى ثلثه ارباع المال .

واختلفوا في تنزيل حاله ، فمنهم من قال : يترك حاله لأنه يحتمل ان يكون ذكراً فيكون له جميع المال ، ويحتمل ان يكون انثى فيكون له نصف

المال ، والباقي للعصبة ، فالنصف متيقن له والنصف الآخر يتنازعه هو والعصبة فيكون بينهما .

ومنهم من قال : ينزل لأنه يحتمل أن يكون ذكراً فيكون له جميع المال ، ويحتمل أنه أنثى فيكون له نصف المال فأعطى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى دليلنا أنه يحتمل أن يكون ذكراً ويحتمل أن يكون أنثى فأعطيناهما اليقين وهو ميراث الأنثى لأنه متيقن له ولم نورثه مازاد لأنه تورث بالشك ، وعلى أبي حنيفة أنا لا نتيقن استحقاق العصبة للوقوف له فلم يحز ذلك اليهم والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان مات رجل وترك حملاً وله وارث غير الحمل نظرت ، فإن كان له سهم مقدر لا ينقص كالزوجة دفع إليها الفرض ، ووقف الباقي إلى أن ينكشف ، وإن لم يكن له سهم مقدر كالابن وقف الجميع لأنه لا يعلم أكثر ما تحمله المرأة ، والدليل عليه أن الشافعي رحمه الله قال : دخلت إلى شيخ باليمن لأسمع منه الحديث فجاءه خمسة كهول فسلموا عليه وقبلوا رأسه ، ثم جاءه خمسة شباب فسلموا عليه وقبلوا رأسه ، ثم جاءه خمسة فتيان فسلموا عليه وقبلوا رأسه ، ثم جاءه خمسة صبيان فسلموا عليه وقبلوا رأسه ، فقلت : من هؤلاء ؟ فقال : أولادى كل خمسة منهم فى بطن ، وفى المهد خمسة أطفال .

وقال ابن المربان : أسقطت امرأة بالانبار كيساً فيه اثنا عشر ولداً كل اثنين متقابلان ، فإذا انفصل الحمل واستهل ورث لما روى سعيد بن المسيب رحمه الله عليه عن أبي هريرة رضى الله عنه أنه قال : إن من السنه أن لا يرث المنفوس ولا يرث حتى يستهل صارخاً ، فإن تحرك حركة حى أو عطس ورث ، لأنه عرف حياته فورث كما لو استهل ، وإن خرج ميتاً لم يرث لأننا لا نعلم أنه كان وارثاً عند موت مورثه ، وإن تحرك حركة مذبح لم يرث لأنه لم يعرف حياته ، وإن خرج بعضه وفيه حياة ومات قبل خروج الباقي لم يرث لأنه لا يثبت له حكم الدنيا قبل انفصال جميعه ، ولهذا لا تنقض به العدة ولا يسقط حق الزوج عن الرجعة قبل انفصال جميعه .

(الشرح) حديث أبي هريرة بلفظه هكذا مرفوع المعنى لقوله : من السنة ، وقد ورد الحديث مرفوع اللفظ في سنن أبي داود عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إذا استهل المولود ورث .

وعن سعيد بن المسيب عن جابر بن عبد الله والمسور بن مخرمة قال : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا يرث الصبي حتى يستهل ، ذكره أحمد بن حنبل من رواية ابنه عبد الله وأخرجه أيضا الترمذي والنسائي وابن ماجه والبيهقي بلفظ : إذا استهل السقط صلى الله عليه وسلم ، وفي إسناده إسماعيل بن مسلم وهو ضعيف

قال الترمذي : وروى مرفوعا والموقوف أصح ، وبه جزم النسائي . وقال الدارقطني في العمل : لا يصح رفعه . وحديث أبي هريرة عند أبي داود في إسناده محمد بن إسحاق وفيه مقال معروف ، وقد روى عن ابن حبان تصحيح الحديث . وقد تقدم في كتاب الجنائز الكلام على السقط ، وقد اختلف في الأمر الذي تعلم به حياة المولود فأهل الفرائض قالوا بالصوت أو الحركة ، وهو قول الكرخي . وروى عن علي وزفر والشافعي . وروى عن ابن عباس وجابر وشريح والنخعي ومالك وأهل المدينة أنه لا يرث ما لم يستهل صارخا .

قال العمراني في البيان : ان مات وخلف حملا وارثا نظرت — فإن استهل صارخا — فإنه يرث سواء كان فيه روح حال الموت مورثه أو كان يومئذ نطفة لما روى أبو الزبير عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إذا استهل الصبي ورث وصلى عليه .

وقال الشيخ أبو حامد : ولا خلاف في هذا ، وإن خرج ولم يستهل ولا يكن علمت حياته بحركة أو غير ذلك ، ثم مات فإنه يرث عندنا ، وبه قال أبو حنيفة . وقال مالك : لا يرث .

دللنا : أن كل من تحققت حياته بعد انفصاله وجب أن يرث كما لو خرج واستهل صارخا ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم إنما نص على الاستهلال لأن ذلك يعلم به الحياة ، فبكل ما علمت به الحياة كالحركة والبكاء قام مقامه ، وإن خرج ميتا لم يرث ، لأننا لا نعلم أنه نفخ فيه الروح وصار من أهل الميراث أو لم ينفخ

وإن انفصل ميتاً وتحرك بعد الانفصال حركة لا تدل على الحياة لم يرث ، لأن هذه الحركة لم يعلم حياته لأن المذبح قد يتحرك ، واللحم قد يخنأ ولا روح فيه وإن خرج بعضه فصرخ ثم مات قبل أن ينفصل لم يرث لأنه ما لم ينفصل جيبه لا تثبت له أحكام الدنيا .

إذا ثبت هذا فما حكم مال الميت قبل انفصال الحمل ؟ ينظر فيه ، فإن كان مع الحمل وارث له فرض لا ينقص الحمل عنه كلزوج والزوجة والام والجدة أعطى صاحب الفرض فرضه ووقف الباقي من ماله ، وإن كان الوارث معه من لا سهم له مقدر كالابن والإبنة ، فاختلف أصحابنا فيه ، فذهب المسعودي وابن اللبان وغيرهما إلى أنه يدفع إلى الابن الموجود خمس المال ويوقف الباقي

وحكى الشيخ أبو حامد أن هذا مذهب أبي حنيفة لأن أكثر ما تلد المرأة في بطن أربعة . وقال الشيخان أبو حامد الاسفراييني وأبو إسحاق المروزي : لا يعطى الابن الموجود شيئاً من المال بل يوقف جميعه

وحكى المسعودي أن هذا مذهب أبي حنيفة . وقال محمد بن الحسن : يدفع إليه ثلث المال لأن أكثر ما تلده المرأة إثنان . وقال أبو يوسف : يدفع إليه نصف لأن الظاهر أنها لا تلد أكثر من واحد .

فإذا قلنا إنه يوقف جميع المال فوجهه أنه لا يعلم أكثر ما تحمله المرأة ، وحكى عن الشافعي رضي الله عنه أنه قال : قدمت اليمن عند شيخ بها أسمع عليه الحديث . قال ابن بطال : هذا الشيخ من بادية صنعاء من قرية تسمى خيرة . قال الشافعي : فبينما هو جالس على بابه إذ جاء خمسة كهول إلى آخر ما قال ووجه سوق القصة أن بعض النساء يمكن أن تلد خمسة توأم ، وقد طالتنا الأنباء منذ حين قريب بامرأة ولدت ستة توأم

وحكى ابن المرزبان أنه قال : أسقطت امرأة عندنا بالأنبار كيساً به اثنا عشر ولداً كل اثنين متحاذيان ، فعلم أنه ليس لما تلده المرأة حد ، واستطردأ على مناسبة الكيس فإن ولدنا الأنور وعبد الناصر قد رزقني الله بهما توأماً ، وكان الأنور في كيس رائق شفاف فتبارك الله أحسن الخالقين

(فرع) ميت مات فقالت امرأة حامل : إن ولدت أنثى لم ترث منه ، وإن ولدت ذكراً ورث منه ، وإن ولدت ذكراً وأنثى ورث الذكر دون الأنثى فهذه امرأة أخ الميت أو امرأة ابن أخيه أو امرأة عمه أو امرأة ابن عمه .

وإن قالت : إن ولدت أنثى ورثت وإن ولدت ذكراً لم يرث وإن ولدت ذكراً وأنثى لم يرثا ، فهذه امرأة ماتت وخلفت زوجاً وبنتاً وأبوين وزوجة ابنها حاملاً من ابنها ، وإن ولدت ذكراً وأنثى لم يرثا

وإن قالت امرأة حامل : إن ولدت ذكراً ورث وإن ولدت أنثى لم ترث ، وإن ولدت ذكراً وأنثى ورثا ، فهذا ميت مات وخلف ابنين وزوجة ابن حاملاً منه ، أو ميت مات وخلف أختين لأب وأم وزوجة أب حاملاً منه

ولو قالت الحامل : إن ولدت ذكراً ورث وورثت منه ، وإن ولدت ذكراً وأنثى ورثا وورثت معهما ، وإن ولدت ابناً لم يرث ولم أرث ، فهذا رجل مات وخلف ابنتين وابنة ابن حاملاً من ابن ابن آخر قد مات

ولو قالت الحامل : إن ولدت أنثى ورثت وورثت معهما ، وإن ولدت ذكراً أو ذكراً وأنثى لم يرث واحد منا ، فهذه امرأة ماتت وخلفت ابنة وأبوين وزوجاً وهذه الحامل ابنة ابن ابن هذه الميتة من ابن ابن لها آخر ، أفاده العمراني

(فرع) إن مات رجل وخلف أخاً وامراً حاملاً فولدت ابناً وبنتاً فاستملا ثم مات أحدهما ثم ماتت المرأة بعده ثم مات الولد الآخر ولم يعلم أيهما مات قبل الآخر ، قال ابن اللبان : وقد قيل القياس لا يرث الولدان أمهما ، ولا يرثهما لأنه لا يعلم على الأفراد أيهما مات قبلها كالفريق ، فيكون ثمة المرأة أمهاتهما والسبعة الأثمان التي للوالدين الأخ بميراثه منهما

وقيل بل ينزل فيقال : إن الذي مات قبل المرأة وهي البنت ، والمال كله للأخ وإن كان الذي مات قبل المرأة هو الابن ورثت المرأة منه ثلث سهامه وهو أربعة أسهم وثلثا سهم من أربعة وعشرين ، وورثت الأخت نصفها والعم سدسها ، فلما ماتت المرأة كان ما بيدها وهو سبعة أسهم وثلثا سهم بين ابنتها وعهبتها نصفين ، فيصح لعصبتها ثلاثة أسهم وخمسة أسداس سهم ؛ فلما ماتت البنت صار ما في يدها للعم ، فاجتمع للعم بميراثه من الابن والبنت عشرون سهماً وسدس

سهم ، وهذا نصيب الأخ بيقين والباقي من المال وهو ثلاثة أسهم وخمسة أسداس سهم لعصبة المرأة ، فيوقف ذلك حتى يصطلحوا عليه ، فتضرب الفريضة وهي أربعة وعشرون في مخرج السدس وهو ستة ، فذلك مائة وأربعة وأربعون . والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن مات رجل ولم تكن له عصبة ورثه المولى المعتقد كما ترثه العصبة على ما ذكرناه في باب الولاء . فإن لم يكن له وارث نظرت ، فإن كان كافراً صار ماله لمصالح المسلمين ، وإن كان مسلماً صار ماله ميراثاً للمسلمين ، لأنهم يعقلونه إذا قتل ، فانتقل ماله إليهم بالموت ميراثاً كالعصبة ، فإن كان للمسلمين إمام عادل سلم إليه ليضعه في بيت المال لمصالح المسلمين ، وإن لم يكن إمام عادل ففيه وجهان :

(أحدهما) أنه يرد على أهل الفرض على قدر فروضهم إلا على الزوجين ، فإن لم يكن أهل الفرض قسم على ذوى الأرحام على مذهب أهل التنزيل ، فيقام كل واحد منهم مقام من يدلى به ، فيجعل ولد البنات والأخوات بمنزلة أمهاتهم ، وبنات الأخوة والأعمام بمنزلة آبائهم ، وأبو الأم والخال بمنزلة الأم ، والعمة والعم من الأم بمنزلة الأب ، لأن الأمة أجمعت على الإرث بإحدى الجنتين ، فإذا عدمت إحداهما تعينت الأخرى .

(والثاني) وهو المذهب : أنه لا يرد على أهل السهام ، ولا يقسم المال على ذوى الأرحام ، لأننا دللنا أنه للمسلمين ، والمسلمون لم يعدموا ؛ وإنما عدم من يقبض لهم فلم يسقط حقهم ، كما لو كان للميراث أصبي وليس له ولي ، فعلى هذا يصرفه من في يده المال إلى المصالح

(الشرح) الأحكام : إن مات ميت وخلف من الورثة من له فرض لا يستغرق جميع ماله كالأم والأبنة والأخت ، فإن صاحب الفرض يأخذ فرضه وما بقي عن فرضه يكون لمصنعه إن كان له عصبة ، وإن لم يكن له عصبة كان

للمولى إن كان له مولى ، وإن لم يكن له مولى كان الباقي لبيت المال ، فيصرف الى
الامام ليصرفه في مصالح المسلمين . وبه قال زيد بن ثابت والزهرى
والاوزاعى ومالك

وذهب على بن أبى طالب كرم الله وجهه الى أنه يرد ذلك الى ذوى الفروض
إلا على الزوجين فإنه لا يرد عليهما ، فإن لم يكن له أحد من أهل الفروض صرف
ذلك الى ذوى الارحام ، فيقام كل واحد من ذوى الارحام مقام من يدلى به ،
وبه قال الثورى وأبو حنيفة وأصحابه ، واختاره بعض أصحابنا إذا لم يكن هناك
امام عادل ، لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم أقر أن تحوز المرأة ثلاثة موارث
عتيقها ولفيطها وابنها الذى لاعنت به ، فأخبر أنها تحوز ميراث ابنها الذى
لاعنت عليه ، وهذا نص

ودليلنا قوله تعالى « يستفتونك قل الله يفتيكم فى الكلاية ان امرؤ هلك ليس
له واد وله أخت فلها نصف ما ترك ، ولم يفرق بين أن يكون هناك وارث
غيرها أو لم يكن . فمن قال ان لها جميع المال فقد خالف ظاهر القرآن : وكذلك
جعل للإبنتين الثلثين ولم يفرق ، ولأن كل من استحق من فريضة سهما قدراً لم يرث
شيئاً آخر الا بتعصيب كالزوج والزوجة

فعلى هذا ان كان هناك امام عادل يسلم المال اليه ، وان لم يكن هناك امام عادل
صرفه من هو بيده الى مصالح المسلمين ، والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب الجدة والاخت

إذا اجتمع الجد أو أبو الجد وإن علا مع ولد الأب والام أو ولد الأب ، ولم تنقصه المقاسمة من الثلث ، قاسمهم وعصب إناثهم ، وقال المزني : يسقطهم ، ووجهه أن له ولادة وتعصياً بالرحم ، فأسقط ولد الأب والام كالأب ، وهذا خطأ لأن ولد الأب يدلي بالأب فلم يسقطه الجد كام الأب ، ويخالف الأب ، فإن الأخ يدلي به ، ومن أدلى بعصبة لم يرث معه كابن الأخ مع الأخ ، وأم الأب مع الأب ، والجد والأخ بدليان بالأب فلم يسقط أحدهما الآخر ، كالأخوين من الأب وأم الأب مع الجد ، ولأن الأب يحجب الام من الثلث إلى ثلث الباقي مع الزوجين ، والجد لا يحجبها .

(فصل) وإن اجتمع مع الجد ولد الأب والام وولد الأب عاد ولد الأب والام الجد بولد الأب ، لأن من حجب بولد الأب والام وولد الأب إذا انفرد حجب بهما إذا اجتمعا كالام ، فإن كان له جد وأخ من أب وأم : وأخ من أب ، قسم المال على ثلاثة أسهم ، للجد سهم ، ولكل واحد من الأخوين سهم ، ثم يرد الأخ من الأب سهمه على الأخ من الأب والام ، لأنه لا يرث معه فلم يشاركه فيما حجب عنه ، كما لا يشارك الأخ من الأب ، الأخ من الأب والام فيما حجب عنه الام ، وتعرف هذه المسئلة بالمعاداة لأن الأخ من الأب والام عاد الجد بالأخ من الأب ، ثم أخذ منه ما حصل له ، وإن اجتمع مع الجد أخ من الأب وأخت من الأب والام قسم المال على خمسة أسهم ، للجد سهمان وللأخ سهمان وللأخت سهم ، ثم يرد الأخ على الأخت تمام النصف وهو سهم ونصف ، ويأخذ ما بقي وهو نصف سهم ، لأن الأخ من الأب إنما يرث مع الأخت من الأب والام ما يبقى بعد استكمال الأخت النصف ، وتصح من عشرة وتسمى عشرية زيد رضى الله عنه ، وإن اجتمع مع أختين من الأب وأختين من الأب والام قسم المال بينهم على ستة أسهم ؛ للجد سهمان ؛ ولكل أخت سهم ، ثم ترد الأختان

من الأب جميع ما حصل لهما على الاختين من الأب والام ، لأنهما لا يرثان قبل أن تستكمل الاختان من الأب والام الثلثين .

(الشرح) الجد أبو الأب وان علا وارث بلا خلاف بين أهل العلم ، وروى عن عمر رضى الله عنه أنه سأل الصحابة هل تعلمون أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فعل في الجد شيئاً ؟ فقال معقل بن يسار المزني : نعم شهدت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ورثه السدس فقال له عمر : مع من ؟ قال : لا أدري فقال : لا دريت إذن ، رواه أبو القاسم بن منده .

فإن اجتمع الجد مع الإخوة أو الأخوات الأم أسقطهم بالإجماع ، وقد مضى بيان ذلك ، وإن اجتمع مع الإخوة والأخوات للأب والام أو للأب فقد كانت الصحابة رضوان الله عليهم يتخرجون من الكلام فيه لما روى سعيد بن المسيب أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : أجرؤكم على الجد أجرؤكم على النار ، وروى عن علي رضى الله عنه أنه قال : من أراد أن يقتحم جرائم جهنم فليقتضرب بين الجد والإخوة ، وروى عن ابن مسعود أنه قال : سلونا عن كل شيء ودعونا من الجد لا حياه الله ولا بياه .

إذا ثبت هذا : فقد اختلف الناس في الجد إذا اجتمع مع الإخوة والأخوات للأب والام أو للأب : فذهب الشافعي رضى الله عنه إلى أن الجد لا يسقطهم ، وروى ذلك عن عمر وعثمان وعلي وابن مسعود وزيد بن ثابت ، وبه قال مالك والأوزاعي وأبو يوسف ومحمد وأحمد بن حنبل ، وذهبت طائفة إلى أن الجد يسقطهم ، وروى ذلك عن أبي بكر وابن عباس وعائشة وأبي الدرداء ، وبه قال أبو حنيفة وعثمان بن النخعي وابن جرير الطبري وداود وإسحاق ، واختاره المزني . قال المسعودي : واليه ذهب ابن سريج .

دليلنا قوله تعالى : للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون ، فجعل للرجال والنساء الأقارب نصيباً ، والإخوة والأخوات للأب إذا اجتمعوا مع الجد وهم من الأقارب ، فمن قال : لا نصيب لهم فقد ترك ظاهر القرآن ، وأن الاخ تعصيب أخيه فلم يسقطه الجد

كالا بن ، لان الاخت تأخذ النصف بالفرض فلم يسقطها الجد كالبنات ، ولان
الجد والاخ على منزلة واحدة من الميت لان الجد أبو أبيه والاخ ابن أبيه ، والجد
له تعصيب ورحم ، والاخ له تعصيب من غير رحم فلم يسقطه الجد كالا بن
والبنات إذا اجتمعا .

إذا ثبت هذا : فإن الجد كالأب في عامة أحكامه ، فيرث بالتعصيب إذا انفرد
كأب ويرث بالعرض مع الابن وابن الابن ويرث بالفرض والتعصيب مع البنات
وبنت الابن إلا أن الجد يخالف الأب في أربع مسائل :

منها أن الأب يحجب الاخوة للأب والام ، أو للأب ، والجد لا يحجبهم ،
والثانية والثالثة : أن الأب يحجب الام عن كمال الثلث إلى ثلث ما يبقى في
زوج وأبوين أو وزوجه وأبوين فإن الجد لا يحجبها ، بل يكون لها ثلث جميع المال
مع الجد فيها . الرابعة : أن الأب يحجب أم نفسه ، والجد لا يحجب أم الأب ؛
لأنها تساويه في الدرجة إلى الميت ، وتدلى بالأب فلم ترث معه .

(فرع) إذا اجتمع الجد والاخوة أو الاخوات للأب والام أو للأب وليس
معه من له فرض فللجد الا حظ من المقاسمة ، أو ثلث جميع المال ، فإن كان معه
أخ واحد فلاحظ له ههنا المقاسمة ، لأنه يأخذ نصف المال ، وان كان معه أخوان
استوت له المقاسمة والثلث ، وان كان معه ثلاثة اخوة فما زاد فلاحظ له ههنا
أن يفرد بثلث جميع المال ، هذا مذهبنا ، وبه قال زيد بن ثابت وابن مسعود .
وروى عن علي رضي الله عنه روايتان .

أحدهما : وهي المشهورة أن له الا حظ من المقاسمة أو سدس جميع المال ، فإذا
كان معه أربعة اخوة فالمقاسمة ا حظ له ، وان كانوا خمسة استوت المقاسمة
والسدس ؛ وان كانوا ستة فالسدس ا حظ له .

والثانية : ان له الا حظ من المقاسمة أو سبع جميع المال ، وروى عن عمران
ابن الحصين وأبي موسى الأشعري أنهما قالا : له الا حظ من المقاسمة أو نصف
سدس جميع المال ؛ فإذا كان معه عشرة اخوة فالمقاسمة خير له ، وان كانوا أحد
عشر استوت المقاسمة ونصف السدس .

ودليلنا عليهم : أن البنين أقوى حالا من الأخوة ، بدليل أن الأخوة يسقطون بالبنين ثم ثبت أن البنين لا يسقطون . وأما الدليل على ما قلناه فلأن حجب الأخوة للجد لا يقع بواحد ، وينحصر بعدد ، فوجب أن يكون غاية ذلك اثنين قياسا على حجب الأخوة للام عن الثلث ، وحجب البنات لبنات الابن ، وحجب الأخوات للاب والام للأخوات للاب .

وأما إذا اجتمع مع الجد الأخوات للاب والام أو للاب منفردا فذهبنا أن حكمهم حكم الأخوة مع الجد فيقاسمهم ويكون المال بينه وبينهم للذكر مثل حظ الانثيين مالم تنقصه المقاسمة عن الثلث ، فإذا نقصته عن الثلث أفرد بثلث جميع المال ، وبه قال زيد بن ثابت .

وقال علي بن أبي طالب وابن مسعود : يفرض للأخوات فرضهن ؛ ويكون الباقي للجد ، ودليلنا أنها فريضة جمعت أبا أب وولد أب فوجب أن لا يأخذ ولد الاب بالفرض كما لو كان مع الجد إخوة وأخوات لاب وام أو للاب ، فإن الجد يقاسمهم للذكر مثل حظ الانثيين مالم تنقصه المقاسمة عن الثلث ، فإذا انقصته عن ذلك فرض له الثلث كما ذكرنا والله اعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن كانت المقاسمة تنقص الجد من الثلث بأن زاد الأخوة على اثنين والأخوات على أربع فرض للجد الثلث وقسم الباقي بين الأخوة والأخوات لأننا قد دللنا على أنه يقاسم الواحد ؛ ولا خلاف أنهم لا يقاسمونه أبداً فكان التقدير بالاثنتين أشبه بالأصول ، فإن الحجب إذا اختلف فيه الواحد والجماعة وجب التقدير فيه بالاثنتين كحجب الام من الثلث ، وحجب البنات لبنات الابن وحجب الأخوات للاب والام للأخوات للاب ، ولا يعاد ولد الاب والام للجد بولد الاب في هذا الفصل ، لان المعادة تحجب الجد ولا سبيل الى حجبها عن الثلث .

(فصل) وإن اجتمع مع الجد والأخوة من له فرض اخذ صاحب الفرض فرضه وجعل للجد أو فر الامر من المقاسمة او ثلث الباقي مالم ينقص عن سدس

جميع المال لأن الفرض كالمستحق من المال فيصير الباقي كأنه جميع المال ، وقد بينا أن حكمه في جميع المال أن يجعل له أوفر الأمرين من المقاسمة أو ثلث المال فكذلك فيما بقي بعد الفرض ، فإن نقصته المقاسمة أو ثلث الباقي عن السدس فرض له السدس لأن ولد الأب والام ليس بأكثر من ولد الصلب ، ولو اجتمع الجد مع ولد الصلب لم ينقص حقه من السدس ، فلأن لا ينقص مع ولد الأب والام أولى .

وإن مات رجل وخلف بنتاً وجداً وأختاً فللبنات النصف والباقي بين الجد والاخت ، **لذا** ذكر مثل حظ الانثيين ، وهي من مبيعات عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ، فإنه قال : للبنات النصف والباقي بين الجد والاخت نصفان ، وتصح من أربعة ، وإن ماتت امرأة وخلفت زوجاً وأماً وجداً فللزوج النصف وللأم الثلث والباقي للجد وهو السدس ، وهي من مبيعات عبد الله رضي الله عنه لأنه يروى عنه أنه قال : للزوج النصف والباقي بين الجد والام نصفان . وتصح من أربعة . وهذا خطأ . لأن الجد أبعد من الأم فلم يجز أن يحجبها كجد الأب مع أم الأب .

وإن مات رجل وخلف زوجة وأماً وأخاً وجداً فللزوجة الربع وللأم الثلث والباقي بين الجد والأخ نصفان ، وتصح من أربعة وعشرين ، للزوجة ستة أسهم وللأم ثمانية والباقي بين الجد والأخ لكل واحد منهما خمسة ، وهي من مبيعات عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ، فإنه روى عنه أنه جعل للزوجة الربع وللأم ثلث ما بقي والباقي بين الجد والأخ نصفان وتصح من أربعة ، للزوجة سهم وللأم سهم وللجد سهم .

وإن مات رجل وخلف امرأة وجداً وأختاً ، فللأمأة الربع والباقي بين الجد والاخت **لذا** ذكر مثل حظ الانثيين وتعرف بالمربعة ، لأن مذهب زيد ما ذكرناه ومذهب أبي بكر وابن عباس رضي الله عنهما : للأمأة الربع ، والباقي للجد . ومذهب علي وعبد الله رضي عنهما : للأمأة الربع وللأخت النصف والباقي للجد واختافوا فيها على ثلاثة مذاهب واتفقوا على القسمة من أربعة . وإن مات رجل وخلف أماً وأختاً وجداً ، فللأم الثلث ، والباقي بين الجد والأخت **لذا** ذكر مثل

حظ. الانثيين ، وتسمى الحرقاء لكثرة اختلاف الصحابة فيها ، فان زيدا ذهب إلى ما قلناه وذهب أبو بكر وابن عباس رضي الله عنهما إلى أن للام الثلث والباقي للجد . وذهب عمر إلى أن للاخت النصف وللأم ثلث الباقي وهو السدس والباقي للجد . وذهب عثمان رضي الله عنه إلى أن للام الثلث والباقي بين الجد والاخت نصفان وتصح من ثلاثة . وذهب علي عليه السلام إلى أن للاخت النصف وللأم الثلث والباقي للجد . وعن ابن مسعود روايتان : إحداهما مثل قول عمر رضي الله عنه ، والثانية للاخت النصف والباقي بين الأم والجد نصفان ، وتصح من أربعة وتعرف بمثلثة عثمان ومربعة عبد الله رضي الله عن الجميع

(فصل) ولا يفرض للاخت مع الجد إلا في مسألة واحدة وهي : إذا ماتت امرأة وخلفت زوجا وأما وأختا وجدا ، فلزوج النصف وللأم الثلث وللأخت النصف وللجد السدس . وأصلها من ستة وتعول إلى تسعة ؛ ويجمع نصف الأخت وسدس الجد فيقسم بينهما للذكر مثل حظ الانثيين ، وتصح من سبعة وعشرين ، للزوج تسعة وللأم ستة وللجد ثمانية وللأخت أربعة ، لأنه لا بد من أن يعطى الزوج النصف لأنه ليس ههنا من يحجبه ، ولا بد من أن تعطى الأم الثلث لأنه ليس ههنا من يحجبه ، ولا بد من أن يعطى الجد السدس لأن أقل حقه السدس ، ولا يمكن إسقاط الأخت لأنه ليس ههنا من يسقطها ولا يمكن أن تعطى النصف كاملا ، لأنه لا يمكن تفضيلها عن الجد ، فوجب أن يقسم مالها بينهما للذكر مثل حظ الانثيين ، وتعرف هذه المسئلة بالكدرية لأن عبد الملك بن مروان سأل عنها رجلا اسمه الأكر فنسبت إليه

وقيل سميت أكدرية لأنها كدرت على زيد أصله لأنه لا يعيل مسائل الجد وقد أعال ولا يفرض الأخت مع الجد وقد فرض ، فان كان مكان الأخت في الأكدرية أخ لم يرث لأن للزوج النصف وللأم الثلث وللجد السدس ، ولا يجوز أن يشارك الجد في السدس لأن الجد يأخذ السدس بالفرض ؛ والأخ لا يرث بالفرض وإنما يرث بالتعصيب ولم يبق ما يرثه بالتعصيب فسقط . وبالله التوفيق .

(الشرح) الأحكام : إذا اجتمع مع الجد والإخوة من له فرض وهم ستة : البنت وبنت الإبن والزوج والزوجة والام والجدة فان صاحب الفرض يعطى فرضه ويكون للجد أوفى ثلاثة أشياء : المقاسمة . أو ثلث ما يبقى أو سدس جميع المال ، وإن كان الفرض أقل من نصف جميع المال فثالث ما يبقى خير له من السدس فيكون له الأخط من المقاسمة أو ثلث ما يبقى ، وإن كان الفرض النصف فثالث ما يبقى والسدس واحد ، وإن كان الفرض أكثر من النصف فالسدس أكثر من ثلث ما يبقى فيكون للجد الأخط من المقاسمة أو السدس

إذا ثبت هذا فمات الرجل وخلف بنتاً واختاً لاب وأم وجداً فللبنت النصف والباقي بين الجد والأخت للذكر مثل حظ الأنثيين ، والمقاسمة ههنا خير للجد هذا مذهبنا ، وبه قال زيد بن ثابت

وقال علي بن أبي طالب : للبنت النصف وللجد السدس والباقي للأخت دليلنا : أنه فريضة جمعت أبا أب وولد أب فاشتركا في الفاضل من فرض ذوى السهام ، كما لو كان بدل الأخت أخاً مع البنت والجد

(فرع) زوج وجد وأم فالتركة من ستة : للزوج ثلاثة وللأم الثلث سهمان وللجد سهم . وبه قال زيد بن ثابت . فان كان بدل الزوج زوجة كان لها الربع وللأم الثلث والباقي للجد . وروى عن عمر روايتان (أحدهما) أن للزوج النصف وللأم ثلث ما بقي والباقي للجد (والثانية) للزوج النصف وللأم السدس والباقي للجد . ويفيد اختلاف الروايتين إذا كان مكان الزوج زوجة ، فعلى إحدى الروايتين يكون للزوجة الربع وللأم الثلث مما بقي للجد

وروى عن ابن مسعود ثلاث روايات ، روايتان كروايتي عمر ، والثالثة للزوج النصف والباقي بين الجد والام ، فيكون على هذه الرواية من مبرعات ابن مسعود . وإن مات رجل وخلف زوجة وأماً وأخاً وجداً كان أصاماً من اثني عشر : للزوجة ثلاثة وللأم أربعة وللأخ والجد ما بقي وهي خمسة . وتصح من أربعة وعشرين وهي من مبرعات ابن مسعود فانه قال : للزوجة الربع وللأم ثلث ما بقي وللأخ سهمان

وإن خلف رجل زوجته وأختاً وجداً كان للزوجة الربع سهم من أربعة

والباقي بين الجد والاخت للذكر مثل حظ الأنثيين ، ويصح من أربعة ، وبه قال زيد بن ثابت .

وقال أبو بكر وابن عباس : للزوجه الربع والباقي للجد . وقال عمر وابن مسعود : للزوجه الربع سهم من أربعة والاخت النصف سهمان وللجد ما بقي وهو سهم ، وتعرف هذه المسألة بالمربعة ، فانهم اختلفوا في قدر ما يرث كل واحد من الجد والاخت ، واتفقوا على أن أصلها من أربعة

(فرع) وإن مات رجل وخلف أمًا وأختًا وجدًا فهذه تسمى الخرقاء لتخرق أقارب الصحابة فيها . قال ابن بطال : لعلها مأخوذة من الخرق ، وهي الأرض الواسعة ، وأن فيها سبعة أقارب فأبو بكر وابن عباس وعائشه وهم من قالوا إن الجسد مسقط للإخوة ، فلام الثلث والباقي للجد ويسقط الاخت . وعن عمر فيها روايتان (إحداهما) للاخت النصف والام السدس والباقي للجد (والثانية) أن للاخت النصف والام ثلث ما يبقى والباقي بين الجد والاخت نصفًا . وعن ابن مسعود فيها ثلاث روايات ، روايتان مثل روايتي عمر والثالثة للاخت النصف والباقي بين الجد والام نصفان ، فيكون على هذه الرواية من مربعة . وعن عثمان يقسم المال كله على ثلاثة للام سهم والاخت سهم وللجد سهم . وقال على اللام الثلث للاخت النصف وللجد السدس . وقال زيد بن ثابت للام الثلث والباقي بين الجد والاخت للذكر مثل حظ الأنثيين . وتصح من تسعة ، وبه قال الشافعي وأصحابه

(فرع) قال الشافعي رضي الله عنه ، وليس يقال لأحد من الأخوة والأخوات مع الجد إلا في الأكدرية ، وهو زوج وأم وأخت لاب وأم أولاد وجد ، وقد اختلف الصحابة رضي الله عنهم فيها ، فذهب أبو بكر وابن عباس أن للزوج النصف والام الثلث والباقي للجد ، وتسقط الاخت

وقال عمر وابن مسعود للزوج النصف للاخت النصف وللجد السدس فيعول إلى تسعة ، فتأخذ الاخت ثلاثة . وقال زيد بن ثابت تعول إلى تسعة كقول علي ، ولكن يجمع الثلاثة التي للاخت والسهم الذي للجد فتصير أربعة ، فيقسمان للذكر مثل حظ الأنثيين . وتصح من سبعة وعشرين للزوج والام ستة وللجد

ثمانية واللاخت أربعة ، وبهذا قال الشافعي وأصحابه ، وإنما كان كذلك لأنه ليس ههنا من يحجب الزوج عن النصف ولا من يحجب الأم عن الثلث ، ولا يمكن أن يفتقص الجد عن السدس لأن الابن لا يسقط عنه فهو لأولى ، وقد استكمل الفريضة ولا سبيل إلى إسقاط الأخت لأنه ليس ههنا من يسقطها بفرض لها النصف ، ولا يمكن أن يأخذ جميعه لأنه لا يجوز تفضيلها على الجد فوجب أن يجتمع نصيبها وبقيتها للذكر مثل حظ الأنثيين ، كما قلنا في غير هذا الموضع . وإختلاف الناس لأشئ معنى سميت أكدرية ، فروى عن الأعمش أنه قال إنما سميت أكدرية لأن عبد الملك بن مروان سأل عنها رجلا يقال له أكدر فذكر له إختلاف الصحابة فيما فنسبت إليه . وقيل سميت أكدرية لأنها كدرت على زيد أصله ، لأنه لا يفرض للاخوات مع الجد وقد فرض لها ههنا ، ولا يعيل مسائل الجد وقد أعال ههنا .

وقال ابن بطال يقال إنه اسم المرأة في المسألة فنسبت اليها . وإن كان بدل الأخت أخا فإن للزوج النصف والام الثلث وللجد السدس ، ويسقط الأخ لأن الأخ له تعصيب محض ولا يمكن أن يفرض له . ولم يبق في الفريضة شيء فسقط وإن كان هناك زوج وأم وأختان وجد فليست بأكدرية ، بل للزوج النصف والام السدس والباقي بين الجد والأختين للذكر مثل حظ الأنثيين ، فيصح من اثني عشر ، فإن كان هناك زوج وأم وبنت وأخت وجد كان أصلها من اثني عشر للزوج ثلاثة وللبنات ستة ، والام سهمان وللجد سهمان ولا شيء للأخت لأن المسألة قد عالت ولا يفرض لها لأنها إنما تأخذ مع البنات بالتعصيب ولا تعصيب ههنا (مسألة) قال الشافعي رضي الله عنه والإخوة للاب والام معادون الجد بالإخوة والاختوات للاب . وجملة ذلك أنه إذا اجتمع جد وأخ لاب وأم وأخ لاب فإن الأخ للاب والام يعاد الجد بالأخ للاب فيقسم المال بينهم على ثلاثة لكل واحد سهم ثم يرجع الأخ للاب والام فيأخذ سهم الذي بيد الأخ للاب ، وبه قال زيد بن ثابت ومالك بن أنس .

وذهب علي وابن مسعود إلى أن الأخ للاب يسقط ويكون المال بين الجد

والأخ للاب والام نصفين

دأبنا أن الجدة إذا حجب بأخوين وارثين جاز أن يحجب بأخوين أحدهما وارث والآخر غير وارث ، كالأب تحجب بالأخوين أحدهما لأب والآخر لأب وأم ، فإن كان هناك أخ لأب وأم وأخت لأب وجد عاداً الأخ للأب والأم الجدة بالأخت لأب فيقسم المال على خمسة ، للجد سهمان والأخ للأب والأم سهمان والأخت سهم ، ثم يرجع الأخ فيأخذ سهم الأخت ، وإن كان هناك أخوات لأب وأم وأخ لأب وجد ولا حاجة هنا إلى المعادة لأن الجدة لا يجوز أن ينقص عن الثلث .

(فرع) وإن اجتمع أخت لأب وأم وأخت لأب وجد كان المال بينهم على أربعة أسهم ، للجد سهمان ولكل أخت سهم ثم تأخذ الأخت للأب والأم السهم الذي بيد الأخت لأب وقد حصل معها نصف المال ، وإن كان هناك أخت لأب وأب وأخ لأب وجد كان المال بينهم على خمسة ، للجد سهمان والأخت سهم والأخ سهمان ثم تأخذ الأخت من الأخ تمام النصف وهو سهم ونصف ؛ لأنه لا يجوز أن ترث أكثر من نصف المال . فيضرب الخمسة في اثنين فتصبح من عشرة للجد اثنان في اثنين فذلك أربعة والأخت سهمان ونصف في اثنين فذلك خمسة والأخ النصف في اثنين فذلك سهم ، وتعرف هذه المسألة بعشرية زيد ، لأنه يبقى للأختين سهم من عشرة فتضرب في عشرة اثنين فذلك عشرون ، وتعرف بالعشرية . وإن اجتمع مع الجدة والأخوة للأب والأم والأخوة لأب من له فرض كان الحكم فيه حكم ما لو كان للجد والأخوة لأب والأم من له فرض في أن يجعل للجد الأوفر من المقاسمة بعد الفرض أو ثلث ما يبقى أو سدس جميع المال ويعاد الأخوة لأب والأم الجدة بالأخوة لأب على ما ذكرنا . والله تعالى أعلم بالصواب وهو حسبنا ونعم الوكيل

قال المصنف رحمه الله :

كتاب النكاح

النكاح جائز لقوله تعالى : فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع ، ولما روى علقمة عن عبد الله رضى الله عنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج ، فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج ، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء .

(الشرح) قوله تعالى : فانكحوا ما طاب لكم مرتبط بأول الآية ، وإن خفتم ألا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع ، فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى ألا تعدلوا .
قال الشافعى رضى الله عنه : أن لا يكثر عيالكم ، فدل على أن قلة العيال أدنى وقبل : قد قال الشافعى ذلك وخالف جمهور المفسرين وقالوا : معنى الآية : ذلك أدنى أن لا تجوروا ولا تميّلوا ، فإنه يقال : عال الرجل يعول عولا إذا مال وجار ومنه عول الفرائض ، لأن سهامها زادت : ويقال عال يعيل عيلة إذا احتاج . قال تعالى : وإن خفتم عيلة فسوف يغنيكم الله من فضله .

وقال الشاعر :

وما يدرى الفقير متى غناه وما يدرى الغنى متى يعيل

قال ابن القيم : وأما كثرة العيال فليس من هذا ولا من هذا — أى لا من الفقر ولا من الجور — قلت : إن ما ذكره الشافعى لغة حكاهما الفراء عن الكسائى قال : ومن الصحابة من يقول : عال يعول إذا كثر عياله ، قال الكسائى وهي لغة فصيحة سمعتها من العرب ، على أن قصد المصنف من سوق الآية هو الاستفهام بها على جواز النكاح ، وسنعود إليه .

أما حديث علقمة عن عبد الله بن مسعود فقد رواه أصحاب الكتب الستة وأحمد في مسنده ، وقد أخرج أحمد والبخارى ومسلم عن سعد بن أبي وقاص قال

« رد رسول الله صلى الله عليه وسلم على عثمان بن مظعون التبتل ، ولو أذن له لاختصينا ، وأخرج أحمد والبخاري ومسلم عن أنس ، أن نفرأ من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم . قال بعضهم : لا أتزوج ، وقال بعضهم : أصلي ولا أنام ؛ وقال بعضهم : أصوم ولا أفطر فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وسلم فقال : ما بال أقوام قالوا كذا وكذا ، لكني أصوم وأفطر ، وأصلي وأنام ، واتزوج النساء ، فمن رغب عن سنتي فليس مني ، وفي مسند أحمد وصحيح البخاري عن سعيد بن جبير قال : قال لي ابن عباس : هل تزوجت ، قلت : لا ، قال : تزوج فان خير هذه الامة اكثرها نساء .

وفي سنن الترمذي وابن ماجه عن قتادة عن الحسن عن سمرة ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن التبتل ، وقرأ قتادة ، ولقد ارسلنا رسلا من قبلك وجعلنا لهم ازواجا وذرية ، قال الترمذي : إنه حسن غريب قال : وروى الأشعث بن عبد الملك هذا الحديث عن الحسن عن سعد بن هشام عن عائشة عن النبي (ص) ويقال : كلا الحديثين صحيح .

(قلت) وفي سماع الحسن من سمرة خلاف مشهور مضى في غير موضع ، وحديث عائشة الذي ذكره الترمذي رواه النسائي ايضاً ، وفي مسند الفردوس عن ابن عمر مرفوعاً : حجوا تستغنوا ، وسافروا تصحوا ، وتناكحوا تكثروا قاني اباهي بكم الامم ، وفي اسناده محمد بن الحارث عن محمد بن عبد الرحمن البيهقي وهو ضعيفان ، ورواه البيهقي عن الشافعي انه ذكره بلاغاً وزاد في آخره حتى بالسقط ، ورواه البيهقي عن ابي امامة بلفظ : « تزوجوا قاني مكاثركم الامم ، ولا تكونوا كرهبانية النصارى ، وفي اسناده محمد بن ثابت وهو ضعيف ؛ وعند الدارقطني في المؤلف وابن قانع في الصحابة عن حرمة بن النعمان بلفظ : « امرأة ولود احب الى الله من امرأة حسناء لا تلد ، اني مكاثركم الامم يوم القيامة ، وقد ضعف اسناده ابن حجر ، وعند ابن ماجه عن عائشة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : النكاح من سنتي ، فمن لم يعمل بسنتي فليس مني ، وتزوجوا قاني مكاثركم الامم ، ومن كان ذا طول فلينسكح ، ومن لم يجد فعليه بالصوم فان الصوم له وجاء ، وفي اسناده عيسى بن ميمون وهو ضعيف .

وفي مسلم عن عمرو بن العاص عن النبي صلى الله عليه وسلم : الدنيا مناع وخير مناعها لمرأة الصالحة ، وعند النسائي والطبراني بإسناد حسن عن أنس عن النبي صلى الله عليه وسلم : حبيب إلى من دنياكم النساء والطيب ، وجعلت قرعة عيني في الصلاة ، وعند الترمذي والدارقطني والحاكم عن أبي هريرة مرفوعاً : ثلاثة حق على الله إعانتهم ، المجاهد في سبيل الله ، والناكح يريد أن يستعف ، والمكاتب يريد الأداء ، وعند الحاكم عن أنس بلفظ : من رزقه الله امرأة صالحة فقد أعانه على شطر دينه فليتق الله في الشطر الثاني .

قال ابن حجر : وإسناده ضعيف وروى بلفظ : من تزوج امرأة صالحة فقد أعطى نصف العباد ، وفي إسناده زيد العمى وهو ضعيف . وعند أبي داود والحاكم عن ابن عباس مرفوعاً بلفظ : ألا أخبركم بخير ما يكنز المرء ؟ المرأة الصالحة إذا نظر إليها سرته ، وإذا غاب عنها حفظته ، وإذا أمرها أطاعته ، وعند الترمذي نحوه بإسناد منقطع ، وعند البيهقي في معجم الصحابة بلفظ : من كان مؤسراً فلم ينكح فليس منا ، ورواه البيهقي وقال : هو مرسل ، وكذا جزم به أبو داود والدولابي .

وقد روى ابن ماجه والحاكم عن ابن عباس : لم ير المتحابين مثل التزوج ، وأخرج أحمد وأبو داود والحاكم وصححه والطبراني من رواية عطاء عن ذكرمة عن ابن عباس مرفوعاً : لا ضرورة في الإسلام ، ولا رواية لعطاء عن عكرمة وأعله من رواية عمرو بن عطاء بن وراز ، وهو مجهول أو عمرو بن أبي الجوار ، والضرورة الذي لم يتزوج والذي لم يحج ، وعند الحاكم من حديث عياض بن غنم مرفوعاً : لا تزوجوا عاقراً ولا عجوزاً فإني مكاتر بكم الأمم ، وإسناده ضعيف وقد قال ابن حجر في الفتح : وفيه أيضاً عن الصنايح بن الأعسر وسهل بن حنيف وحرمة بن النعمان ومعاوية بن حيدة .

أما لغات الفصل وغريبه ، فإن الباء بالمد النكاح والتزوج وقد تطلق الباء على الجماع نفسه ، ويقال أيضاً : الباهة والباء بالالف مع الهاء وابن قتيبة يجعل هذه الأخيرة تصحيفاً وليس كذلك ، بل حكاه الأزهري عن ابن الأنباري ،

ومعهم بقول الهاء مبدلة من الهمزة يقال : فلان حريص على الباءة والباء والباء بالهاء والقصر أى على النكاح .

قال ابن الأثير : الباء الواحدة والباء الجمع ثم حكاهما الأزهرى عن ابن الأعرابي أيضا ويقال إن الباءة هو الموضع الذى يتبوء اليه الأبل ثم جعل عبارة عن المنزل ثم كنى به عن الجماع إما لأنه لا يكون إلا فى الباءة غالبا أو لأن الرجل يتبوء من أهله أى يستمكن كما يتبوء من داره ، وقوله عليه الصلاة والسلام : من استطاع منكم الباءة ، على حذف مضاف والتقدير من وجد مؤنة النكاح فليتزوج ومن لم يستطع أى من لم يجد أهبة فعلية بالصوم ، وقيل الباءة بالمد القدرة على مؤن النكاح وبالقصر الوطء .

قال أبو العلاء المعرى .

والباء مثل الباء يخـ فض للـدانة أو يحجر

قال ابن حجر : ولا مانع من الحمل على المعنى الأعم بأن يراد بالباءة القدرة على الوطء ومؤن التزويج ، وقد وقع فى رواية عند الاسماعيلي من طريق أبي عوانة بلفظ : من استطاع منكم أن يتزوج فليتزوج ، وفى رواية للنسائي : من كان ذا طول فليتزوج ، وقوله : اغض للبصر وأحصن للفرج ، أى أشد غضا للبصر وأشد إحصانا ومنعا من الفحشاء : وقوله : فعلية ، قيل هذا من إغراء الغائب ، ولا تكاد العرب تغرى إلا الشاهد ، تقول عليك زيدا ، ولا تقول عليه زيدا . قال الطبري وجوابه أنه لما كان الضمير للغائب راجعا إلى لفظة من وهى عبارة عن المخاطبين فى قوله : يا معشر الشباب ، والشباب جمع شاب .

قال الأزهرى لم يجمع قائل على فعال غيره ، وبيان لقوله : منكم ، جاز قوله عليه لأنه بمنزلة الخطاب ، وأجاب القاضى عياض بأن الحديث ليس فيه إغراء الغائب ، بل الخطاب للحاضرين الذين خاطبهم أولا بقوله : من استطاع منكم ، وقد استحسنته القرطبي والحافظ ابن حجر ، وقوله : وجاء بكسر الواو والمد وأصله الغمز ومنه وجاء فى عنقه إذا غمره ، وجاء بالسيف إذا طعن به ، وجاء أنثيه غمرهما حتى رضمهما وتسمية الصيام وجاء استعارة ، والعلاقة المشابهة ،

لأن الصوم لما كان مؤثراً في ضعف شهوة النكاح شبه بالصوم . وقد يقال : إن الصوم بما فيه من عبادة في ذاته وفيما يلابسه من ترك لشهواته الحسية والمعنوية فإنه صارف عن مقارفة الشهوات أو التجانف للآثم ، وهو بما يحيط بالمرء من فيض نور الطاعة وقاية من الفحشاء أى وقاية .

(أما الأحكام) فإن النكاح مشروع بالكتاب والسنة كما أوردنا من نصوصهما وقد اختلف الفقهاء في كونه واجباً أو جائزاً فذهبنا جوازه ، وهو المشهور من مذهب أحمد بن حنبل رضي الله عنه إلا أن يخاف أحد على نفسه الوقوع في محذور بتركه فيلزمه إعفاف نفسه .

وحكى عن داود أنه واجب في العمر مرة واحدة للآية والخبر . دليلنا أن الله تعالى حين أمر به علقه على الاستطابة بقوله « فانكحوا ما طاب لكم من النساء » والواجب لا يقف على الاستطابة ، وقال . مثني وثلاث ورباع . ولا يجب ذلك بحال بالاتفاق .

قالت عائشة رضي الله عنها كانت منا كح أهل الجاهلية على أربعة أقسام .

(أحدها) منا كح الرايات وهو أن المرأة كانت تنصب على بابها راية لتعرف أنها عاهرة ، فيأتونها الناس .

(والثاني) أن الرهط من القبيلة أو الناحية كانوا يجتمعون على وطء امرأة لا يخالطهم غيرهم ، فإذا جاءت بولد ألحق بأشبههم .

(الثالث) نكاح الاستخبار ، وهو أن المرأة إذا أرادت أن يكون ولدها كرمياً بذلت نفسها لعدة من فحول القبائل ليكون ولدها كأحدهم .

(الرابع) النكاح الصحيح — وهو الذي قال النبي صلى الله عليه وسلم فيه ولدت من نكاح لا سفاحا ، وتزوج النبي صلى الله عليه وسلم خديجة بنت خويلد قبل النبوة من عمها ورقة بن نوفل ، وكان الذي خطبها له عمه أبو طالب وخطب فقال الحمد لله الذي جعل لنا بلداً حراماً وبيتنا محجوجاً وجعلنا سدنته ، وهذا محمد قد علمتم مكانه من العقل والنبل ، وإن كان في المال قل ، إلا أن المال ظل زائل ،

وعارية مسترجعة . وما أردتم من المال فعلي^١ ، وله في خديجة بنت خويلد رغبة
ولها فيه مثل ذلك ، فزوجها منه عمها والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يصح النكاح إلا من جاز التصرف . فأما الصبي والمجنون فلا
يصح منهما عقد النكاح لأنه عقد معاوضة فلم يصح من الصبي والمجنون كالبيع .
وأما المحجور عليه لفسقه فلا يصح نكاحه بغير إذن الولي لأنه عقد يستحق به المال
فلم يصح منه من غير إذن الولي ويصح منه بإذن الولي لأنه لا يأذن له إلا فيما يرى
الحظ فيه . وأما العبد فلا يصح نكاحه بغير إذن المولى لما روى ابن عمر رضي
الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إذا نكح العبد بغير إذن سيده فنكاحه
باطل ، ولأنه بالنكاح تنقص قيمته ويستحق بالمهر والنفقة كسبه . وفي ذلك
إضرار بالمولى فلم يحز من غير إذنه ، ويصح منه بإذن المولى لأنه لما أبطل النبي
صلى الله عليه وسلم نكاحه بغير إذنه دل على أنه يصح بإذنه ، ولأن المنع لحق
المولى فزال بإذنه .

(فصل) ومن جاز له النكاح وتاقت نفسه إليه وقدر على المهر والنفقة
فالمستحب له أن يتزوج لحديث عبد الله ، ولأنه أحسن أفرجه وأسلم لدينه ، ولا
يجب ذلك لما روى إبراهيم بن ميسرة رضي الله عنه عن عبيد بن سعد يبلغ به
النبي صلى الله عليه وسلم : من أحب فطرتي فلم يستن بسنتي ، ومن سنتي النكاح ،
ولأنه ابتغاء لذة تصبر النفس عنها فلم يجب كلبس الناعم وأكل الطيب ، ومن لم
تق نفسه إليه ، فالمستحب له أن لا يتزوج لأنه تقوجه عليه حقوق هو غني عن
الزمامها ويحتاج أن يشتغل عن العبادة بسببها ، وإذا تركه تخلى للعبادة فكان تركه
أسلم لدينه .

(الشرح) حديث ابن عمر أخرجه ابن ماجه . قال الترمذي : لا يصح إنما
هو عن جابر ، ورواية جابر عند أحمد وأبي داود والترمذي وحسنه بلفظ : أيما
عبد تزوج بغير إذن سيده فهو طاهر ،
أما حديث عبيد بن سعد فأصح طرقه رواينا عائشة وأنس في الرهط الذين

جاءوا إلى البيت ، وقد مضى تخريجه . أما الأحكام فإنه لا يصح النكاح إلا من حر بالغ عاقل مطلق التصرف . فأما العبد فلا يصح نكاحه بغير إذن السيد . وأما الصبي والمجنون فلا يصح نكاحهما لقوله صلى الله عليه وسلم : رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبي حتى يبلغ . وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفوق ، ولأنه عقد معاوضة فلم يصح من الصبي والمجنون كالبيع . وأما السفيرة فلا يصح نكاحه بغير إذن الولي ، لأنه لا يأذن له إلا فيما فيه مصلحة من ذلك (فرع) النكاح مستحب غير واجب عندنا ، وبه قال أبو حنيفة ومالك وأحمد في المشهور من مذهبه وأكثر أهل العلم

وقال داود بن علي الظاهري : هو واجب على الرجل والمرأة مرة في العمر دليلنا كما قلنا قوله تعالى : فانكحوا ما طاب لكم من النساء ، فدلته بالاستطابة وما كان واجباً لا يتعلق بالاستطابة

وروى أبو أيوب الأنصاري أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : أربع من سنن المرسلين : الختان والتعطير والسواك والنكاح ، وقوله : من أحب فطرتي ، فدلته على المحبة وسماه سنة ، فإذا أطلقت السنة اقتضت المندوب إليه . وروى أن امرأة أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله ما حق الزوج على المرأة ؟ فبين لها ذلك ، فقالت لا والله لا تزوجت أبداً ، فلو كان النكاح واجباً لأنكر عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك ، وروى أن جماعة من الصحابة ماتوا ولم يتزوجوا ولم ينكر عليهم

إذا ثبت هذا فالناس في النكاح على أربعة أضرب : ضرب تتوق نفسه إليه ، أي اشتاقت . ويجد أهبه وهو المهر والنفقة وما يحتاج إليه ، فيستحب له أن يتزوج لما رواه عبد الله بن مسعود حديث (بامعشر الشباب)

والضرب الثاني : من تتوق نفسه إلى الجماع ولا يقدر على المهر والنفقة فالمستحب له أن لا يتزوج ، بل يتعاهد نفسه بالصوم فإنه له وقاية . ولا يشغل ذمته بالمهر والنفقة .

والضرب الثالث : من لا تتوق نفسه إلى الجماع ويريد التخلي إلى عبادة الله تعالى فيستحب له أن لا يتزوج ، لأنه يلزم ذمته حقوقاً هو مستغن عن التزامها

والضرب الرابع ، من لا تتوق نفسه وهو قادر على المهر والنفقة ولا يريد
المعبادة فهل يستحب له أن يتزوج ؟ فيه قولان حكاهما العمراني في الفروع ؛
(أحدهما) لا يستحب له أن يتزوج لأنه يشغل ذمته بما لا حاجة به اليه .
(والثاني) يستحب له لقوله صلى الله عليه وسلم « من أحب فطرتي فليستن
بسني ، ومن سئتي النكاح .

وقال أبو حنيفة النكاح مستحب بكل حال ، وبه قال بعض أصحابنا ، بل قال
أبو عوانة الاسفراييني من محدثي أصحاب الشافعي « انه يجب للزناق اليه القادر
على مؤنته ، وصرح به في صحيحه ، ونقله المصعب في شرح مختصر الجويني وجها
وقال ابن حزم في المحلى وفرض على كل قادر على الوطء إن وجد ما يتزوج به أو
يتسرى أن يفعل أحدهما ، فإن لم يجد فليكثر من الصوم ، وهو قول جماعة
من السلف . انتهى

وقال الماوردي من أصحابنا الذي نطق به مذهب مالك أنه مندوب ، وقد
يجب عندنا في حق من لا ينكح عن الزنا إلا به . وقال القاضي عياض هو
مندوب في حق كل من يرجى منه النسل ، ولو لم يكن في الوطء شهوة ، وكذا في
حق من له رغبة في نوع من الاستمتاع بالنساء غير الوطء . فأما من لا نسل له
ولا إرب له في النساء ولا في الاستمتاع فهذا مباح في حقه إذا علمت المرأة بذلك
ورضيت . وقد يقال انه مندوب أيضا لعموم « لا رهبانية في الاسلام » قال
الحافظ بن حجر ولم أره بهذا اللفظ . لكن في حديث سعد بن أبي وقاص عند
الطبراني « إن الله أبدلنا بالرهبانية الحنيفية السمحة »

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) والمستحب أن لا يتزوج إلا ذات دين لما روى أبو هريرة رضي
الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « تنكح المرأة لأربع ، لمالها وحسبها
وجمالها ودينها ، فاظفر بذات الدين تربت يداك » ولا يتزوج إلا ذات عقل ،
لأن القصد بالنكاح العشرة وطيب العيش ، ولا يكون ذلك إلا مع ذات عقل ،
ولا يتزوج إلا من يستحسنها لما روى أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن

رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : إنما النساء لعب ، فإذا اتخذ أحدكم لعبة فليستحسنها ،

(فصل) وإذا أراد نكاح امرأة فله أن ينظر وجهها وكفيها ، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن رجلا أراد أن يتزوج امرأة من نساء الأنصار فقال النبي صلى الله عليه وسلم : انظر اليها فإن في أعين الأنصار شيئا ، ولا ينظر إلى ما سوى الوجه والكفين لأنه عورة ، ويجوز للمرأة إذا أرادت أن تتزوج برجل أن تنظر إليه ، لأنه يعجبها من الرجل ما يعجب الرجل منها . ولهذا قال عمر رضي الله عنه : لا تزوجوا بناتكم من الرجل الدميم ، فإنه يعجبهن منهم ما يعجبهم منهن ، ويجوز لكل واحد منهما أن ينظر إلى وجه الآخر عند المعاملة ، لأنه يحتاج إليه المطالبة بحقوق العقد والرجوع بالعهد . ويجوز ذلك عند الشهادة للحاجة إلى معرفتهما في التحمل والأداء .

ويجوز لمن اشترى جارية أن ينظر إلى ما ليس بعورة منها للحاجة إلى معرفتها ويجوز للطبيب أن ينظر إلى الفرج للدواوة لأنه موضع ضرورة لجاز له النظر إلى الفرج كالنظر في حال الختان . وأما من غير حاجة فلا يجوز للأجنبي أن ينظر إلى الأجنبية ، ولا للأجنبية أن تنظر إلى الأجنبي ، لقوله تعالى : قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم ويحفظوا فروجهم . وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن ويحفظن فروجهن ،

وروت أم سلمة رضي الله عنها قالت : كنت عند رسول الله صلى الله عليه وسلم وعنده ميمونة ، فأقبل ابن أم مكتوم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم احتجبين عنه ، فقلت : يا رسول الله أليس أعمى لا يبصرنا ولا يعرفنا ؟ فقال أفدميأوان أنتما أليس تبصرانه ؟

وروى علي كرم الله وجهه ، أن النبي صلى الله عليه وسلم أردف الفضل فاستقبلته جارية من خثعم فلوى عنق الفضل ، فقال أبو العباس : لو يث عنق ابن عمك ؟ قال رأيت شابا وشابة فلم آمن الشيطان عليهما ، ولا يجوز النظر إلى الأمر من غير حاجة لأنه يخاف الافتتان به كما يخاف الافتتان بالمرأة

(فصل) ويجوز لذوى المحارم النظر إلى ما فوق السرة ودون الركبة من ذوات المحارم لقوله تعالى : ولا يبدن زينتهن إلا لبعولتهن أو آبائهن أو آباء بعولتهن أو أبنائهن أو أبناء بعولتهن أو إخوانهن أو بنى إخوانهن أو بنى أخواتهن أو نسائهن أو ما ملكت أيمانهن أو التابعين غير أولى الإربة من الرجال، ويجوز للرجل أن ينظر إلى ذلك من الرجل والمرأة أن تنظر إلى ذلك من المرأة لأنهم كذوى المحارم في تحريم النكاح على التأييد فكذلك في جواز النظر . واختلف أصحابنا في مملوك المرأة ، فمنهم من قال هو محرم لها في جواز النظر والحلوة ، وهو المنصوص لقوله عز وجل : أو ما ملكت أيمانهن ، فذكره مع ذوى المحارم في إباحة النظر . وروى أنس رضى الله عنه قال : أعطى رسول الله (ص) فاطمة غلاماً فأقبل النبي (ص) ومعه الغلام فتقنعت بثوب إذا قنعت رأسها لم يبلغ رجلها ، وإذا غطت رجلها لم يبلغ رأسها ، فقال النبي (ص) إنه ليس عليك بأس إنما هو أبوك وغلامك ، ومنهم من قال ليس بمحرم ، لأن المحرم من يحرم على التأييد ، وهذا لا يحرم على التأييد فلم يكن محرماً ، واختلفوا في المراهق مع الأجنبية ، فمنهم من قال هو كالبالغ في تحريم النظر لقوله تعالى : أو الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء ، فدل على أنه لا يجوز لمن ظهر على عورات النساء ، ولأنه كالبالغ في الشهوة فكان كالبالغ في تحريم النظر . ومن أصحابنا من قال يجوز له النظر إلى ما ينظر ذو محرم ، وهو قول أبي عبد الله الزبيرى لقوله عز وجل : وإذا بلغ الأطفال منك الحلم فليستأذنوا ، فدل على أنهم إذا لم يبلغوا الحلم لم يستأذنوا ،

(فصل) ومن تزوج امرأة أو ملك جارية يملك وطأها فله أن ينظر منها إلى غير الفرج ، وهل يجوز أن ينظر إلى الفرج ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يجوز ، لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : النظر إلى الفرج يورث الطمس ، (والثاني) يجوز ، وهو الصحيح ، لأنه يملك الاستمتاع به لحاز له النظر إليه كالفخذ وإن زوج أمته حرم عليه النظر إلى ما بين السرة والركبة لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إذا زوج أحدكم جاريته عبده أو أجيده فلا ينظر إلى ما دون السرة والركبة ،

(الشرح) حديث أبي هريرة رواه الشيخان وأحمد في مسنده وأصحاب السنن
 ماعدا الترمذي ، وحديث أنس رواه أبو داود والبيهقي وابن مردويه وفي إسناده
 أبو جميع سالم بن دينار الهجيمي البصري ، قال ابن معين ثقة ، وقال أبو زرعة
 الرازي : بصري لين الحديث . وقوله : إذا قنعت ، بفتح النون المشددة سترت
 وغطت . وأما حديث النظر إلى الفرج يورث الطمس ، فقد مضى في العبادات
 في ستر العورة وضعفه النووي وغيره ، وكذلك حد العورة من الجارية مضى في
 ستر العورة فليراجع .

أما غريبه فقوله : لأربع ، أي لأجل أربع ، وقوله : لحسبها ، بفتح الحاء
 والسين أي شرفها ، والحسب في الأصل الشرف بالآباء وبالأقارب مأخوذ من
 الحساب ، لأنهم كانوا إذا تفاخروا وعدوا مناقبهم ومآثر آبائهم وقومهم وحسبوها
 فيحكم لمن زاد عدده على غيره ، وقيل المراد بالحسب هنا الأفعال الحسنة ، وقيل
 المال ، وهو مردود بذكره قبله ، ويؤخذ من الحديث أن الشريف النسب
 يستحب له أن يتزوج نسبية ، إلا أن تعارض نسبية غير ذات دين ، وغير نسبية
 ذات دين ، فتقدم ذات الدين ، وهكذا في كل الصفات

وأما ما أخرجه أحمد والنسائي وصححه ابن حبان والحاكم من حديث بريدة
 رفعه : إن أحساب أهل الدنيا الذي يذهبون إليه المال ، فقال ابن حجر : يحتمل
 أن يكون المراد أنه حسب من لا حسب له فيقوم النسب الشريف لصاحبه مقام
 المال لمن لا نسب له ، ومنه حديث سمرة يرفعه : الحسب المال والكرم التقوى ،
 أخرجه أحمد والترمذي وصححه هو والحاكم .

قوله : وجهها ، يؤخذ منه استحباب نكاح الجميلة ، ويالحق بالجمال في الذات
 الجمال في الصفات ؛ قوله : فاظفر بذات الدين ، فيه دليل على أن اللائق بذى الدين
 والمروءة أن يكون الدين مطمح نظره في كل شيء لا سيما فيما تطول محبته كالزوجه
 وقد وقع في حديث عبد الله بن عمرو عند ابن ماجه والبيهقي يرفعه
 : لا تزوجوا النساء الحسنين فمسي حسنهن أن يردين ، ولا تزوجوهن لأموالهن
 فمسي أموالهن أن تطغين ، ولا يكن تزوجوهن على الدين ، ولأمة سوداء
 ذات دين أفضل ،

والحديث يكشف فحاز البشر وما استقر في طباعهم من قصد هذه الخصال الأربع وآخرها عندهم ذات الدين قاطر أي الحضيف بذات الدين تربت يداك أي لصقت بالتراب وهي كناية عن الفقر ، وهو خبر بمعنى الدعاء ، لكن لا يراد به حقيقته وهذا جزم صاحب العمدة .

وحكى ابن العربي أن المعنى : استغنت يداك ، ورد بأن المعروف أنرب إذا استغنى ، وترب إذا افتقر ، وقيل : معناه ضعف عقلك ، وقيل : افتقرت من العلم وقيل : فيه شرط مقدر أي وقع ذلك لك إن لم تفعل ورجحه ابن العربي . وحديث إنما النساء لعب مضي تخريجه .

أما حديث أبي هريرة فقد رواه أحمد والنسائي ، وأخرجه مسلم من حديث أبي حازم عنه ولفظه : كنت عند النبي صلى الله عليه وسلم فأتاه رجل فأخبره أنه تزوج امرأة من الأنصار فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أنظرت اليها ؟ قال : لا ، قال : فاذهب فانظر اليها فإن في عين الأنصار شيئاً .

أما حديث أم سلمة فقد رواه أحمد وأبو داود والترمذي وصححه والنسائي وابن حبان وفي إسناده نبهان مولى أم سلمة شيخ الزهري وقد وثق . وقد روى مالك في موطئه عن عائشة أنها احتجبت من أعمى فقيل لها : إنه لا ينظر إليك قالت : لكنني أنظر إليه .

أما حديث علي كرم الله وجهه فقد أخرجه الترمذي وصححه ، ورواه البخاري من حديث عبد الله بن عباس : أن النبي صلى الله عليه وسلم أُرْدِفَ الفضل بن العباس يوم النحر خلفه ، وفيه قصة المرأة الخثعمية التي سألته صلى الله عليه وسلم عن أمها التي لم تحج ، وقد مضى في كتاب الحج تفصيله وطرقه وخواتمه .

أما الأحكام : فإنه يستحب له أن يتزوج ذات العقل ، لأن القصد بالنكاح طيب العيش معها ولا يحصل ذلك مع من لا عقل لها ، ويستحب له أن يتزوج بكراً لما روى جابر قال : تزوجت امرأة فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقال : أتزوجت يا جابر ؟ فقلت : نعم ، فقال : بكراً أم ثيباً ؟ فقلت : له ثيباً ، فقال : هلا جارية بكراً تلاعبها وتلاعبك إلخ الحديث ، ويستحب له أن لا يتزوج إلا من

يستحسنها الحديث ، فاذا اتخذ أحدهم لعبة فليستحسنها ، ويستحب له أن يتزوج ذات نسب لحديث تنسكح المرأة الأربع ولقوله صلى الله عليه وسلم : تخيروا لنفسكم ، ولقوله صلى الله عليه وسلم : إياكم وخضراء الدمن ، قيل وما خضراء الدمن يا رسول الله ؟ قال : المرأة الحسناء في المنبت السوء .

والأولى أن يتزوج من غير عشيرته لأن الشافعي رضى الله عنه قال إذا تزوج الرجل من عشيرته قال غالب على ولده الحق ، ومن المقرر في علم الاجناس أن من أسباب انقراض الجنس حصره في أسرة واحدة فان ذلك يفضى بتدهور السلالات وضعف النسل ، ويستحب له أن يتزوج الولود ، لقوله صلى الله عليه وسلم : تناكحوا تكثروا ، وقوله صلى الله عليه وسلم : تزوجوا الولود الودود ، وقوله صلى الله عليه وسلم : سوداء ولود خير من حسناء عقيم ، ويستحب له أن يتزوج في شوال ، لما روى عن عائشة رضى الله عنها قالت : تزوجني رسول الله (ص) في شوال ، وبني بي في شوال ، فكانت عائشة رضى الله عنها تستحب أن يبتنى بنسائها في شوال .

(فرع) ويجوز للحر أن يجمع بين أربع زوجات حرائر ، ولا يجوز له أن يجمع بين أكثر من أربع لقوله : مثني وثلاث ورباع ، قال الصيمري من أصحابنا إلا أن المستحب أن لا يزيد على واحدة لا سيما في زماننا هذا — أى في زمان الصيمري — وقال القاسم وشيعته (القاسمية) يجوز أن يجمع بين تسع ولا يجوز له أكثر من ذلك لأن النبي صلى الله عليه وسلم مات عن تسع زوجات ، ولأن قوله تعالى : مثني وثلاث ورباع فيكون المجموع تسعا . وذهبت طائفة من الرافضة إلى أنه يتزوج أى عدد شاء .

دلينا أن غيلان بن سلامة الثقفي أسلم وتحتة عشر نسوة : فقال له النبي (ص) امسك منهم أربعاً وفارق سائرهن . وروى عن نوفل بن معاوية قال : أسامت وتحتني خمس نسوة فقال لي النبي صلى الله عليه وسلم : امسك أربعاً منهم وفارق واحدة منهم . وأما الآية فالمراد بها التخيير بين الاثنتين والثلاث والأربع ، ولم يرد به الجمع ، كقوله تعالى : أولى اجنحة مثني وثلاث ورباع في صفة الملائكة

وتقول : جاء في القوم مثنى وثلاث ورباع ، وأما النبي (ص) فإنه كان مخصوصاً بذلك ، وما روى أن أحداً من الصحابة جمع بين أكثر من أربع زوجات .
(فرع) وإذا أراد الرجل خطبة امرأة جاز له النظر منها إلى ما ليس بعورة منها وهو وجهها وكفها بإذنها وبغير إذنهما ولا يجوز له أن ينظر إلى ما هو عورة منها وبه قال مالك وأبو حنيفة .

وحكى عن مالك أنه لا يجوز له ذلك إلا بإذنهما . وقال المزني : لا يجوز أن ينظر إلى شيء منها . وقال داود بن علي : يجوز له أن ينظر إلى جميع بدنهما إلا إلى فرجها . دليلنا على المزني حديث أبي هريرة مرفوعاً : أنظر اليها فإن في أعين الأنصار شيئاً .

وروى عن المغيرة بن شعبه قال : أردت أن أنكح امرأة من الأنصار فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال : اذهب فانظر اليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما قال فذهبت فأخبرت أباها بذلك ، فذكر أبوها ذلك لها فرفعت الحدر فقالت : إن كان رسول الله صلى الله عليه وسلم أذن لك أن تنظر فانظر ، وإلا فإني أخرج عليك إن كنت تؤمن بالله ورسوله .

وأما الدليل على داود فقولته تعالى : ولا يبدن زينتهن إلا ما ظهر منها ، قبل في التفسير : الوجه والكفان ، وظاهر الآية يقتضي أنه لا يجوز للمرأة أن تبدن إلا وجهها وكفها .

وروى جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إذا أراد أحدكم تزويج امرأة فليتنظر إلى وجهها وكفها ، فدل على أنه لا يجوز له النظر إلى غير ذلك ، ولأن ذلك يدل على سائر بدنهما .

إذا ثبت هذا : فله أن يكرر النظر إلى وجهها وكفها ، لما روى أبو الدرداء رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إذا قذف الله في قلب امرئ خطبة امرأة فلا بأس أن يتأمل محاسن وجهها . ولا يمكنه تأمل ذلك إلا بأن يكرر إليها النظر .

قال الصيمري : فإذا نظر اليها ولم توافقه فالمستحب له أن يسكت ولا يقول

لا أريدها . قال : وقد جرت عادة الرجال في وقتنا هذا أن يبعث بامرأة ثقة لتنظر الى المرأة التي يريدون خطبتها ؛ وهو خلاف السنة ، وذلك في كتاب الإفصاح .
(فرع) قال الشيخ أبو اسحاق : ويجوز للمرأة اذا أرادت أن تزوج برجل أن تنظر اليه لأنه يعجبها منه ما يعجبه منها ، ولهذا قال عمر رضي الله عنه : لا تزوجوا بناتكم من الرجل الدميم فإنه يعجبهن منهم ما يعجبهم منهن .
واذا أراد الرجل أن ينظر الى امرأة اجنبية منه من غير سبب فلا يجوز له ذلك لا الى العورة ولا الى غير العورة لقوله تعالى : قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم ، ولحديث علي في ارداف الرسول صلى الله عليه وسلم الفضل بن العباس خلفه في حجة الوداع في قصة الخيمية .

وروى ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لعلي : يا علي لا تتبع للنظرة النظرة فانما لك الأولى وليست لك الآخرة ، أخرجه أحمد وأبو داود والترمذي من حديث بريدة . ولا يجوز للمرأة أن تنظر الى الرجل الاجنبي لا الى العورة ولا الى غيرها من غير سبب ، لقوله تعالى : قل للمؤمنات يغضضن من ابصارهن ، ولحديث دخول ابن أم مكتوم على النبي صلى الله عليه وسلم وعنده ام سلمة وميمونة ، وقيل عائشة وحفصة فأمرهما صلى الله عليه وسلم بالاحتجاب ، قائلاً افعميا وان انتما ، أليس تبصرانه ، ولا . المعنى الذي منع الرجل لأجله هو صرف الافتتان ، وهذا موجود في المرأة لأنها اسرع الى الافتتان لغلبة شهوتها فحرم عليها ذلك .

(فرع) ويجوز للرجل أن ينظر الى وجه المرأة الاجنبية عند الشهادة وعند البيع منها والشراء ، ويجوز لها أن تنظر الى وجهه لذلك ، لأن هذا يحتاج اليه لحاز النظر لأجله ، ويجوز لكل واحد منهما أن ينظر الى بدن الآخر اذا كان طبيبا واراد مداواته لأنه موضع ضرورة فزال تحريم النظر لذلك .

(فرع) واختلف اصحابنا في الصبي المراهق مع المرأة الاجنبية ، فمنهم من قال : هو كالرجل البالغ الاجنبي معها فلا يحل لها أن تبرز له لقوله تعالى : او الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء ، ومنهم من لم يقولوا على موافقة النساء

والمراهق يقوى على المواقعة والجماع فهو كالبالغ ، ومنهم من قال : هو معها كالبالغ من ذوى محارمها لقوله تعالى : وإذا باغ الأطفال منكم الحلم فليستأذنوا ، فأمر بالاستئذان إذا باغوا الحلم : فدل على أنه قبل أن يباغ الحلم يجوز دخولهم من غير استئذان .

ولا يجوز للرجل الحصى أن ينظر الى بدن المرأة الأجنبية . قال ابن الصباغ : إلى أن يكبر ويهرم وتذهب منه شهوته ، قال : وكذلك الخنث لقوله تعالى (أو التابعين غير أولى الإربة من الرجال)

وروى أن مخنثاً كان يدخل على أزواج النبي صلى الله عليه وسلم وكانوا يعدونه من غير أولى الإربة . فدخل النبي صلى الله عليه وسلم يوماً وهو عند بعض نساائه هو بنعت امرأة لعبد الله بن أمية أخى أم سلمة يقول : يا عبد الله ان فتح الله عليكم الطائف فإني أدلك على ابنة غيلان فإنها تقبل بأربع وتدبر بثمان ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم لا يدخلان هؤلاء عليكم . رواه البخارى ومسلم وأخرجه أحمد فى مسنده عن أم سلمة ، ورواه أحمد ومسلم وأبو داود من حديث عائشة . وقوله : تقبل بأربع ، يعنى أربع عكن فى مقدم بطنها ، وقوله : تدبر بثمان ، لأن الأربع محيطة ببطنها وجنبها فتبدو العكن من خلفها ثمان أربع من اليمين وأربع من اليسار . وهذا هو تفسير مالك رضى الله عنه للحديث ، وتابعه عليه جمهور العلماء فى اللغة والحديث

(فرع) ويجوز للرجل أن ينظر الى المرأة من ذوات محارمه ، وكذلك يجوز لها النظر اليه من غير سبب ولا ضرورة ، لقوله تعالى (ولا يبدن زينتهن الا ليعولنهن أو آباءهن أو آباء بعولتهن) الآية وفى الموضع الذى يجوز له النظر اليها منها وجهان حكاهما المسعودى (أحدهما) وهو قول البغداديين من أصحابنا أنه يجوز له النظر الى جميع بدنها الا ما بين السرة والركبة ، لأنه لا يحل له تكاسها بحال ، فجاز له النظر الى ذلك كالرجل مع الرجل

(والثانى) وهو اختيار القفال أنه يجوز له النظر الى ما يبدو منها عند المهنه (١)

(١) المهنه بفتح الميم بعدها هاء ساكنة ثم نون مفتوحة فهاء وهى الخدمة .

لأنه لا ضرورة به إلى النظر إلى ما زاد على ذلك . قال المسعودي : وهكذا الوجهان في النظر إلى أمة غيره .

ويجوز للرجل أن ينظر إلى جميع بدن الرجل إلا إلى ما بين السرة والركبة من غير سبب ولا ضرورة ، لأنه لا يخاف الافتتان بذلك (فرع) إذا امتلكت المرأة خادماً فهل يكون كالمحرم لها في جواز النظر والحلوة به ؟ فيه وجهان (أحدهما) أنه يصير محرماً لها ، وقد مال في المذهب إلى ذلك ، وهو المنصوص لقوله تعالى (أو ما ملكت أيمانهم) فعدوه من ذوى المحارم وروى أم سلمة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ، إذا كان مع أحدا كن مكاتب وفي فلتحتجب عنه ، فلولاً أن الاحتجاب لم يكن واجباً عليهم قبل ذلك لما أمرهن به .

وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى فاطمة رضى الله عنها غلاماً فأراد النبي صلى الله عليه وسلم أن يدخل عليها ومعه على والغلام وليس عليها إلا ثوب واحد ، فأرادت أن تغطي رأسها به ورجلها فلا باع ، فقال النبي (صر) لا بأس عليك إنما هو أبوك وزوجك وخادمك ؛ ولأن الملك سبب يحرم الزوجية بينهما فوجب أن يكون محرماً له كالنسب والرضاع

والثاني لا يكون محرماً لها . قال الشيخ أبو حامد وهو الصحيح عند أصحابنا لأن الحرمة إنما تثبت بين شخصين لم تخلق بينهما شهوة كالاخ والاخت . والخادم وسيدته شخصان خلقت بينهما الشهوة فهو كالأجنبي . وأما الآية فقال أهل التفسير : المراد بها إلا مادون العبيد . وأما الخبر فيجتمل أن يكون الغلام الذي أعطاه النبي (ص) لفاطمة صغيراً . اهـ

(فرع) وإذا تزوج الرجل امرأة يحل له الاستمتاع بها كان لكل واحد منهما النظر إلى جميع بدن الآخر ، لأنه يملك الاستمتاع به ، وهل يجوز له النظر إلى الفرج ؟ فيه وجهان (أحدهما) يجوز لأنه موضع يجوز الاستمتاع به فجاز له النظر إليه كالفخذ (والثاني) لا يجوز لما روى من أن النظر إلى الفرج يورث الطمس وهو العمى . قال تعالى (فطمسنا أعينهم) ولأن فيه دناءة وسخفاً . قال الشيخ أبو حامد وابن الصباغ ، يعني بالطمس العمى أى في النظر . وقال الطبري في العدة

أى أن الولد بينهما يولد أعمى . وإذا زوج الرجل أمته كانت كذوات محارمه فلا يجوز له أن ينظر منها إلى ما بين السرة والركبة للحديث : إذا زوج أحدكم أمته فلا ينظر منها إلى ما بين السرة والركبة ، ولأنه إذا زوجها فحكم المملك ثابت بينهما وإنما حرم عليه الاستمتاع بها فصارت كذوات محارمه

(مسألة ١٠) قال الشافعى رضى الله عنه : ان الله عز وجل لما خص به رسوله صلى الله عليه وسلم من وحيه وأنبأه بينه وبين خلقه بما فرضه عليهم من طاعته افترض عليه أشياء خففها على خلقه ليزيده بها إن شاء الله قربة ، وأباح له أشياء حظرها على خلقه زيادة في كرامته وتبديناً لفضيلته . وجلة ذلك أن النبي (ص) خص بأحكام في النكاح وغيره ولم يشاركه غيره فيها

فأما ما خص به في غير النكاح فأوجب الله تعالى عليه أشياء لم يوجبها إلا على غيره ليكون ذلك أكثر لثوابه ، فأوجب عليه السواك والوتر والاضحية . والدليل عليه قوله صلى الله عليه وسلم : ثلاث كتبت من الله على ولم تكتب عليكم : السواك والوتر والاضحية . وكان يجب عليه إذا لبس لامة حربه أن لا ينزعها حتى يلقى العدو . الدليل قوله صلى الله عليه وسلم : ما كان لنبي إذا لبس لامته أن ينزعها حتى يحكم الله بينه وبين عدوه .

وأما قيام الليل فمن أصحابنا من قال كان واجباً عليه إلى أن مات لقوله تعالى (يا أيها المزمحل قم الليل إلا قليلاً) الآية . والمنصـوص أنه كان واجباً عليه ثم نسخ بقوله تعالى (ومن الليل فتهجد به نافلة لك) وبعض أهل العلم يرى أن الآية ليست ناسخة . وأن قوله نافلة لك تجرى مجرى معناها اللغوى ، أى زيادة خاصة بك وليست نافلة بمعناها الاصطلاحى لمن كونها دون الواجب . وكان صلى الله عليه وسلم إذا رأى منكراً أنكره وأظهره . لأن إقراره لغيره على ذلك يدل على جوازه ، وقد ضمن الله تعالى له النصر . وحرم عليه أشياء لم يحرمها على

() هو فصل محذوف من النسخة المطبوعة أورده العمرانى فى كشف رافى المذهب من الإشكال ، وكفى فى النسخة المطبوعة من نقص استدركنا فى فروغنا .

غيره تنزيهاً له وتطهيراً ، فحرم عليه الكتابة وقول الشعر وتعليمه تأكيذاً لحجته وبيانا لمعجزته : قال تبارك وتعالى : وما كنت تنلو من قبله من كتاب ولا تخطه بيمينك إذن لا رتاب الميطلوف .

وذكر النقاش من أصحابنا أن النبي (ص) ما مات حتى كتب ، والاول هو المشهور : وحرمت عليه الصدقة المفروضة قولاً واحداً . وفي صدقة التطوع قولان وقد مضى بيانه مفصلاً في الزكاة وحرم عليه خائنة الاعين وهو الرز بالعين ، لما روى أن رجلاً دخل على النبي صلى الله عليه وسلم ، فلما خرج قال : هلا قتلتموه ، فقالوا هلا رمزت الينا ، فقال صلى الله عليه وسلم : ما كان لنبي أن يكون له خائنة الاعين . وحرم عليه أن يمد عينيه الى ما متع به الناس والدليل عليه ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم مرت به لبل عست بأبوالها وأبعارها فغطى عينيه ، ف قيل له في ذلك ، فقال قال الله تعالى (ولا تمدن عينيك الى ما متعنا به أزواجاً منهم)

وأباح الله تعالى له أشياء لم يباحها غيره تفضيلاً له واختصاصاً ، منها أنه أباح له الوصال في الصوم . والدليل عليه أنه نهى عن الوصال ، ف قيل له يا رسول الله انك تواصل ، فقال : اني لست مثلكم ، اني أطعم وأسقي ، وفي رواية : اني آبيت عند ربي فيطعمني ويسقيني ، وأبيح له أربعة أخماس الغنيمه ، وخمس الخمس من الفى والغنيمه ، وأبيح له أن يختار منها ما شاء ، وأكرمه الله تعالى بأشياء منها أحل له الغنائم ولائمه وكانت لا تحل لمن قبله من الانبياء .

ويزعم اليهود في توراتهم أن السبي والفى والغنيمه حلال لهم بالحرب . وفي التلود كل اموال ودماء ونساء وأطفال غير اليهود مستباحه لليهود ، وقلوا ليس علينا في الاميين سبيل ويقولون على الله الكذب وهم يعلمون ، وجعلت له الارض مسجداً وطهوراً ولائمه وكان من قبله من الانبياء لا تصح صلاتهم الا في المساجد لقوله صلى الله عليه وسلم : فضلنا على الناس بثلاث ، جعلت الارض لنا مسجداً وترابها طهوراً وجعلت صفوفنا كصفوف الملائكة وجعل له معجزات كمعجزات الانبياء قبله وزيادة ، فكانت معجزة موسى العصا وانجاس الماء من الصخرة .

وقد انشق القمر للنبي صلى الله عليه وسلم وخرج الماء من بين أصابعه وكانت معجزة عيسى إحياء الموتى وإبراء الأكمه والأبرص ، وقد سبحت الحمى بيد النبي صلى الله عليه وسلم وحن الجذع اليه ، وفضله الله تعالى عليهم بأن جعل القرآن معجزته وجعل معجزته فيه باقية إلى يوم القيامة ، وهذا كانت نبوته مؤبدة لا تنسخ إلى يوم القيامة ، ونصر بالرعب مسيرة شهر ، وبعث إلى الخلق كافة ، وقد كان كل نبي يبعث في نسب قومه خاصة ، وقال صلى الله عليه وسلم : تمام عيناى ولا بنام قلبي ، وكان يرى من خلفه كما يرى من بين يديه ، وأما ما خص به النبي صلى الله عليه وسلم من الأحكام في النكاح فاختلف أصحابنا في المنع من الكلام فيه فحكى الصيمرى أبا على بن خيران منع من الكلام فيه وفي الإمامة لأن ذلك قد انقضى فلا معنى للكلام فيه

وقال سائر أصحابنا : لا بأس في الكلام بذلك وهو المشهور من المذهب لما فيه من زيادة العلم ، وقد تكلم العلماء فيها لا يكون كما بسط الفرضيون مسائل الوصايا وقالوا : إذا ترك أربعمائة جدة وأكثر ، إذا ثبت هذا فإنه أبيع للنبي صلى الله عليه وسلم أن ينكح من النساء أى عدد شاء .

وحكى الطبرى في العدة وجها آخر أنه لم يبع له أن يجمع بين أكثر من تسع والأول هو المشهور ، قال تعالى : فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى ألا تعدلوا ، قيل في التفسير : أن لا تجورا في حقوقهن فخرم الزيادة على الأربع وندب الى الاقتصار على واحدة خوفا من الجور وترك العدل ، وهذا ما مودون من النبي (ص) ولأن النبي (ص) تزوج ثمانى عشرة امرأة ، وقيل : بل خمسة عشر وجمع بين أربعة عشر ، وقيل بل بين أحد عشر ، ومات عن تسع هن عائشة بنت أبى بكر الصديق ، وحفصة بنت عمر ، وأم سلمة بنت أبى أمية ، وأم حبيبة بنت أبى سفيان وميمونة بنت الحارث ، وجويرية بنت الحارث ، وصفية بنت حيى ، وزينب بنت جحش ، فهؤلاء ثمان نسوة كان يقسم لهن إلى أن مات صلى الله عليه وسلم والناسعة سودة بنت زمعة كانت وهبت ليمانها لعائشة حتى قال له ربه تعالى

« لا يحل لك النساء من بعد ولا أن تبدل بهن ، ثم نسخ هذا التحريم بقوله تعالى
يا أيها النبي انا أحللتنا لك أزواجك اللاتي هاجرن معك ، الآية .

قال الشافعي رضي الله عنه فمن ذلك أن من ملك زوجة فليس عليه تخييرها
وأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يخير نساءه فاخترته ، ومن ذلك أن الله
تعالى خيره صلى الله عليه وسلم بين أن يكون نبياً ملكاً وعرض عليه مفاتيح خزائن
الدنيا وبين أن يكون نبياً مسكيناً فاختر المسكنة وهي أعلى المنزلتين ومن ثم أمره
الله تعالى أن يخير زوجاته فربما كان فيهن من تكرهه المقام على الشدة تنزيها له ،
وبما خص به النبي (ص) أن جعل أزواجه أمهات المؤمنين . قال الشافعي . معنى
قوله تعالى « وأزواجه أمهاتهم » ، في معنى دون معنى وأراد به أن أزواجه اللاتي
مات عنهن لا يحل لاحد نكاحهن ومن استحل ذلك كان كافراً .

أما إذا تزوجها ولم يدخل بها ثم فارقتها كالكأبيه التي قالت أعوذ بالله منك ،
فقال لها لقد استعذت بمعاذ الحق بأهلك ، فقيل انه تزوجها عكرمة بن أبي جهل
في خلافة الصديق أو خلافة عمر فهم برجمها ، فقيل له انه لم يدخل بها فغلي عنها
وقيل ان الذي تزوج منها الاشعث بن قيس السكندی . وقال القاضي أبو الطيب
الذي تزوجها المهاجر ابن أبي أمية ولم ينكر أحد ذلك فدل على انه اجماع ؛ وبما
خص به النبي (ص) ان الله فضل زوجاته على نساء العالمين . يا نساء النبي لستن
كأحد من النساء ان اتقيتن ، وقوله يا نساء النبي من يأت منكن بفاحشة مبينة
يضاعف لها العذاب ضعفين ، الى قوله تعالى « وتعمل صالحا نؤتيها اجرها مرتين ،
لعمل حد من مثل حد غيرهن لكمالهن وفضيلتهن كما جعل حد الحر مثل حد العبد
وكذلك حسناتهن مضاعفة لهن تفضيلا لهن وتشريفا ، وقد قال الشافعي في كتاب
احكام القرآن الذي رواه عنه البيهقي ، وابان من فضله — من المباينة بينه وبين
خلقه — فرض عليهم طاعته في غير آية من كتابه ، وافرض عليه اشياء خففها
عن خلقه ، قال العمراني وهذا أوضح معنى مما نقله المزني والله تعالى اعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب ما يصح به النكاح

لا يصح النكاح إلا بولي فان عقدت المرأة لم يصح ، وقال أبو ثور : إن عقدت بإذن الولي صح ، ووجهه أنها من أهل التصرف ، وإنما منعت من النكاح لحق الولي ، فإذا أذن زال المنع كالعبد إذا أذن له المولى في النكاح ، وهذا خطأ لما روى أبو هريرة رضي الله عنه رفعه ، لا تنكح المرأة المرأة ، ولا تنكح المرأة نفسها ، ولأنها غير مأمونة على البضع لنقصان عقلها ، وسرعة انخداعها ، فلم يجوز تفويضه اليها كالعبد في المال ، وبخلاف العبد فإنه منع لحق المولى ؛ فإنه ينقص قيمته بالنكاح ، ويستحق كسبه في المهر والنفقة فزال المنع بأذنه ، فان عقد النكاح بغير ولي وحكم به الحاكم ففيه وجهان .

(أحدهما) وهو قول أبي سعيد الإصطخري : أنه ينقض حكمه ، لأنه يخالف لنص الخبر : وهو ما روت عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها ، فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل : فنكاحها باطل ، فان اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له فان أصابها فلمها مهرها بما استحل من فرجها ، ،

(والثاني) لا ينقض ، وهو الصحيح ، لأنه يخالف فيه فلم ينقض فيه حكم الحاكم كالشفعة للجار . وأما الخبر فليس بنص لأنه محتمل للتأويل ، فهو كالخبر في شفعة الجار ، فان وطئها الزوج قبل الحكم بصحته لم يجب الحد .

وقال أبو بكر الصيرفي : إن كان الزوج شافعيًا يعتقد تحريمه وجب عليه الحد كالوطئ امرأة في فراشه وهو يعلم أنها أجنبية ، والمذهب الأول لأنه وطئ مختلف في إباحته فلم يجب به الحد ، كالوطئ في النكاح بغير شهود ، وبخلاف من وطئ امرأة في فراشه وهو يعلم أنها أجنبية لأنه لا شبهة له في وطئها ، وإن طلقها لم يقع الطلاق . وقال أبو اسحاق : يقع لأنه نكاح مختلف في صحته ، فوقع

فيه الطلاق كشكاح المرأة في عدة أختها ، والمذهب الأول ، لأنه طلاق في غير ملكه فلم يصح كالأول طلق أجنبية .

(فصل) وان كانت المنكوحه أمة فوليتها مولاهها لأنه عقد على منفعتها فكان إلى المولى كالإجارة ، وان كانت الأمة لإمرأة زوجها من زوج مولاهها ، لأنه نكاح في حقها فكان إلى وليها كشكاحها ، ولا يزوجه المولى إلا بأذنها لأنه تصرف في منفعتها فلم يحز من غير أذنها ، فان كانت المولاة غير رشيدة نظرت ، فان إن وليها غير الأب والجد ، لم يملك تزويجها ، لأنه لا يملك التصرف في مالها وان كان الأب أو الجد فففيه وجهان .

(أحدهما) لا يملك ، لأن فيه تغريراً بمالها لأنها ربما حبلت وتلفت ، (والثاني) وهو قول أبي اسحاق : أنه يملك تزويجها لأنها تستفيد به المهر والنفقة واسترقاق ولدها ، وان كانت المنكوحه حرة فوليتها عصباتها وأولادهم الأب ثم الجد ثم الأخ ثم ابن الأخ ثم العم ثم ابن العم ، لأن الولايه في النكاح تثبت لدفع العار عن النسب ، والنسب إلى العصباء ، فان لم يكن لها عصبه زوجها المولى المعتق ، ثم عصبه المولى ، ثم مولى المولى ، ثم عصبته ، لأن الولاء كالنسب في التعصيب فكان كالنسب في التزويج ، فان لم يكن فوليتها السلطان ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « كان اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له » ، ولا يزوج أحد من الأولياء وهناك من هو أقرب منه ، لأنه حق يستحق بالتعصيب فقدم فيه الأقرب فالأقرب كالإيراث ، وان استوى اثنان في الدرجة وأحدهما يدلى بالابوين والآخر بأحدهما كالأخوين أحدهما من الأب والام والآخر من الأب فففيه قولان .

قال في القديم : هما سواء ، لأن الولايه بقرابه الأب وهما في قرابه الأب سواء ، وقال في الجديد : يقدم من يدلى بالابوين لأنه حق يستحق بالتعصيب فقدم من يدلى بالابوين على من يدلى بأحدهما كالإيراث ، فان استويا في الدرجة والإدلاء فالأقرب ان يقدم أسنهما وأعلمهما وأورعهما ، لأن الأسن أخير ، والأعلم أعرف بشروط العقد ، والأورع أحرص على طلب الحظ ، فان زوج الآخر صح لأن ولايته ثابتة ، وان تشاحا أقرع بينهما لأنهما تساويا في الحق

فقدم بالقرعة كما لو أراد أن يسافر بإحدى المرأتين ، فإن خرجت القرعة لأحدهما
فزوج الآخر ففيه وجهان .
(أحدهما) يصح لأن خروج القرعة لأحدهما لا يبطل ولاية الآخر (والثاني)
لا يصح لأنه يبطل قاعدة القرعة .

(الشرح) حديث أبي هريرة رواه ابن ماجه والدارقطني والبيهقي ولفظه
« لا زوج المرأة المرأة ، ولا زوج المرأة نفسها ، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها ،
قال ابن كثير : الصحيح وقفه على أبي هريرة ، وقال ابن حجر : رجاله ثقات
وفي لفظ للدارقطني : كنا نقول : التي تزوج نفسها هي الزانية . قال ابن حجر :
فتبين أن هذه الزيادة من قول أبي هريرة : وكذلك رواها البيهقي موقوفة في
طريق ورواها مرفوعة في أخرى .

أما حديث عائشة رضي الله عنها رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه والترمذي
وحسنه وأبو عروانة وابن حبان والحاكم عن سليمان بن موسى عن الزهري عن
عروة عن عائشة ، وقد أعل بالإرسال وتكلم فيه بعضهم من جهة أن ابن جريج
قال : ثم لقيت الزهري فسألته عنه فأنكره . وقد عد أبو القاسم بن مندة عدة
من رواه عن ابن جريج فبلغوا عشرين رجلا ، وذكر أن معمرأ وعبيد الله بن
زحر تابعوا ابن جريج على روايته إياه عن سليمان بن موسى ، وأن قره وموسى
ابن عقبه ومحمد بن إسحاق وأيوب بن موسى وهشام بن سعد وجماعه تابعوا سليمان
ابن موسى عن الزهري ، قال : ورواه أبو مالك الجنبي ونوح بن دراج ومنديل
وجعفر بن برقان وجماعه عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة . وقد أعل ابن
حبان وابن عدي وابن عبد البر والحاكم وغيره الحكاية عن ابن جريج بأنكار
الزهري ، وعلى تقدير الصحة لا يلزم نسيان الزهري له أن يكون سليمان بن موسى
وهم فيه ، ويؤيد هذا الحديث ما رواه عن أبي موسى الأشعري عن النبي صلى الله
عليه وسلم « لا نكاح إلا بولي » وما رواه أبو داود الطيالسي بلفظ « لا نكاح إلا
بولى ، وأما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ، باطل ، باطل ، فان لم
يكن لها ولي فالسلطان ولي من لا ولي له » .

على أن حديث " لا نكاح إلا بولي " هل بعد النفي متوجها إلى الذات الشرعية لأن الذات الموجودة ، أعني صورة العقد بدون ولي ليست شرعية ؟ أم يتوجه إلى الصحة التي هي أقرب المجازين إلى الذات فيكون النكاح بغير ولي باطلا كما هو مصرح به في حديث عائشة ، وكما يدل عليه - حديث أبي هريرة المذكور في أول الفصل ، لأن النهي يدل على الفساد والمرادف للبطلان ،

وقد ذهب إلى هذا علي وعمر وابن عباس وابن عمر وابن مسعود وأبو هريرة وعائشة والحسن البصري وابن المسيب وابن شبرمة وابن أبي ليلى والتمرة وأحمد وإسحاق والشافعي وجمهور أهل العلم . فقالوا لا يصح العقد بدون ولي . وقال ابن المنذر : إنه لا يعرف عن أحد من الصحابة خلاف ذلك

وحكى في البحر عن أبي حنيفة أنه لا يعتبر الولي مطلقاً لحديث " الشيب أحق بنفسها من وليها " وسيأتي . وأجيب بأن المراد اعتبار الرضى منهاجماً بين الاخبار وعن أبي يوسف ومحمد للولي الخيار في غير الكف . وتلزمه الإجازة في الكف . وعن مالك يعتبر الولي في الرفيعة دون الوضيعة . وأجيب عن ذلك بأن الأدلة لم تفصل . وعن الظاهرية أنه يعتبر في البكر فقط . وأجيب عنه بأن الأدلة لم تفرق . وقال أبو ثور يجوز لها أن تزوج نفسها بإذن وليها أخذاً بمفهوم قوله " وأما امرأة نكحت بغير إذن وليها " .

ويجاب عن ذلك بحديث أبي هريرة الذي ساقه المصنف في أول الفصل ، والمراد بالولي هو الأقرب من العصبة من النسب ثم من السبب ثم من عصبته . وليس لذوى السهام ولا لذوى الأرحام ولا به . وهذا مذهب الجمهور . وروى عن أبي حنيفة أن ذوى الأرحام من الأولياء ، فإذا لم يكن ثم ولي أو كان موجوداً وعضل انتقل الأمر إلى السلطان لأنه ولي من لا ولي له كما أخرجه الطبراني من حديث ابن عباس . وفي إسناده الحجاج بن أرطاة

قال الشافعي رضى الله عنه في باب " لا نكاح إلا بولي " من الأم ، زعم بعض أهل العلم بالقرآن أن معقل بن يسار كان زوج أختاً له ابن عم له ، فطلقها ثم أراد الزوج وأرادت نكاحه بعد مضي عدتها فأبى معقل . وقال زوجتك

وَأَثَرُكَ عَلَى غَيْرِكَ فَطَلَقْتَهَا ، لَا أَزْوَاجَكُمْ أَبَدًا فَنَزَلَ ، وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَلْيُغْنِ
 أَجْلَهُنَّ ، يَعْنِي فَاِنْ قَضَى أَجْلُهُنَّ يَعْنِي عَدَّتُهُنَّ ، فَلَا تَعْضِلُوهُنَّ ، يَعْنِي أَوْلِيَاءَهُنَّ ، أَنْ
 يَنْكَحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ ، إِنْ طَلَقُوهُنَّ وَلَمْ يَبْتَوُوا طَلَاقَهُنَّ ، وَمَا أَشْبَهَ مَعْنَى مَا قَالُوا مِنْ
 هَذَا بِمَا قَالُوا ، وَلَا أَعْلَمُ الْآيَةَ تَحْتَمِلُ غَيْرَهُ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يُؤْمَرُ بِأَنْ لَا يَعْضِلَ الْمَرْأَةَ مِنْ
 لَهُ سَبَبٌ إِلَى الْعَضْلِ بِأَنْ يَكُونَ يَتِمُّ بِهِ نِكَاحُهَا مِنَ الْأَوْلِيَاءِ ، وَالزَّوْجِ إِذَا طَلَقَهَا
 فَانْقَضَتْ عَدَّتُهَا فَلَيْسَ بِسَبِيلٍ مِنْهَا فَيَعْضِلُهَا ، وَإِنْ لَمْ تَنْقُضْ عَدَّتُهَا فَقَدْ يَحْرُمُ عَلَيْهَا
 أَنْ تَنْكَحَ غَيْرَهُ وَهُوَ لَا يَعْضِلُهَا عَنْ نَفْسِهِ ، وَهَذَا أَبِينِ مَا فِي الْقُرْآنِ مِنْ أَنْ لِلْوَالِي
 مَعَ الْمَرْأَةِ فِي نَفْسِهَا حَقًّا ؛ وَأَنْ عَلَى الْوَالِي أَنْ لَا يَعْضِلَهَا إِذَا رَضِيَتْ أَنْ تَنْكَحَ
 بِالْمَعْرُوفِ . قَالَ الشَّافِعِيُّ وَجَاءَتِ السُّنَنُ بِمِثْلِ مَعْنَى كِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ أَخْبَرَنَا مُسْلِمٌ
 وَسَعِيدٌ وَعَبْدُ الْمُجِيدِ عَنْ ابْنِ جُرَيْجٍ عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ مُوسَى عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ عُرْوَةَ
 ابْنِ الزُّبَيْرِ عَنْ عَائِشَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ (ص) قَالَ : إِيْمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا
 بَاطِلٌ ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ ، فَإِنْ أَصَابَهَا فَلَهَا الصَّدَاقُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ
 فَرْجِهَا ، وَقَالَ بَعْضُهُمْ فِي الْحَدِيثِ فَإِنْ اشْتَجَرُوا وَقَالَ غَيْرُهُ مِنْهُمْ ، فَإِنْ اخْتَلَفُوا
 قَالُوا لِمَا كَانَ عَلَى مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ . أَخْبَرَنَا مُسْلِمٌ وَسَعِيدٌ عَنْ ابْنِ جُرَيْجٍ . قَالَ أَخْبَرَنِي
 عِكْرَمَةُ بْنُ خَالِدٍ قَالَ جُمِعَتِ الطَّرِيقُ رُكْبًا فِيهِمْ امْرَأَةٌ ثَيِّبٌ فَوَلَّتْ رَجُلًا مِنْهُمْ أَمْرَهَا
 فَزَوَّجَهَا رَجُلًا لِحُلْدِ عَمْرِ بْنِ الْخَطَّابِ النَّاكِحِ وَرَدَ نِكَاحُهَا

قَالَ الشَّافِعِيُّ فَأَيُّ امْرَأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَلَا نِكَاحَ لَهَا ، لِأَنَّ النَّبِيَّ (ص)
 قَالَ فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ ، وَإِنْ أَصَابَهَا فَلَهَا صَدَاقٌ مِثْلَ مَا أَصَابَ مِنْهَا بِمَا قَضَى لَهَا بِهِ
 النَّبِيُّ (ص) ، وَقَالَ الْعُمَرَانِيُّ فِي الْبَيَانِ وَهَذَا الْخَبَرُ — يَعْنِي حَدِيثُ عَائِشَةَ — دَلِيلٌ
 عَلَى مَنْ خَالَفَنَا إِلَّا أَبَا ثَوْرٍ فَإِنَّهُ يَقُولُ ، لَمَّا أَبْطَلَ النَّبِيُّ (ص) نِكَاحَهَا بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا
 دَلَّ عَلَى أَنَّهُ يَصَحُّ بِإِذْنِ وَلِيِّهَا .

وَدَلِيلُنَا عَلَيْهِ أَنَّ الْمُرَادَ مِنْهَا بِالْإِذْنِ لِغَيْرِهَا مِنَ الرِّجَالِ بِدَلِيلِ قَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ
 لَا تَنْكَحِ الْمَرْأَةَ الْمَرْأَةَ وَلَا تَنْكَحِ الْمَرْأَةَ نَفْسَهَا وَلَمْ يَفْرُقْ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ بِإِذْنِ
 الْوَالِي أَوْ بِغَيْرِ إِذْنِهِ .

إِذَا ثَبَتَ هَذَا فَإِنْ اصْحَابُنَا قَدْ ذَكَرُوا فِي حَدِيثِ عَائِشَةَ فَوَائِدُ () أَنَّ لِلْوَالِي

شركا في بضعها لأنه أبطل نكاحها بغير إذنه (٢) ان الولاية ثابتة على جميع النساء
 لان لفظ أى مراد به العموم (٣) ان الصلة جائزة في الكلام لقوله : أيما ، ومعناه
 أى امرأة (٤) ان لولى أن يوكل في عقد النكاح (٥) ان مطلق النكاح في الشريعة
 ينصرف الى العقد ، لان المعنى أيما امرأة عقدت (٦) جواز إضافة النكاح إليها
 (٧) ان اسم النكاح يقع على الصحيح والفساد (٨) ان النكاح الموقوف لا يباح
 لأنه لو كان صحيحاً لما أبطله (٩) ان الشيء إذا كان بينا في نفسه جاز أن يؤكد
 بغيره لأنه لو اقتصر على قوله فنكاحها باطل لكان بينا ، فأكد بالتكرار ، وهو
 كقوله تعالى : فصيام ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجعتن تلك عشرة كاملة ،
 وكقوله تعالى : وواعدنا موسى ثلاثين ليلة وأتممناها بعشر فتم ميقات ربه
 أربعين ليلة (١٠) وطء الشبهة يوجب المهر (١١) ان اللبس كناية عن الوطء
 (١٢) انه إذا مس سائر بدنهما غير الفرج فلا مهر عليه (١٣) قال الصيمري :
 إن القبل والدبر سواء لأن ككاه فرج (١٤) انه لا فرق بين الخصى والفحل
 (١٥) لا فرق بين قوى الجماع وضعيفه (١٦) انه لا فرق بين أن ينزل أو لا ينزل
 (١٧) لا فرق بين أن يجامعها مرة أو مرارا (١٨) انه يجوز أن يثبت له وعليه
 حتى يجهل قدره (١٩) ان النكاح الفاسد اذا لم يكن فيه جماع فلا مهر فيه (٢٠) أن
 مهر المثل يتوصل الى العلم به (٢١) أن المهر يجب مع العلم بتحريم الوطء ومع
 الجهل به لأنه لم يفرق (٢٢) المكره يجب عليه المهر ، لأن المكره مستحل
 لفرج المكره (٢٣) أن المهر لا يجب إلا بخلوة ، لأنه شرط اللبس في الفرج
 (٢٤) أنه لا حد في وطء الشبهة (٢٥) قال الشيخ أبو حامد : إن النسب يثبت
 بالوطء في الشبهة (٢٦) إن العدة تجب على الموطوءة بالشبهة لأن النسب إذا
 لحق به أوجب العدة

(٢٧) أن تحريم المصاهرة يثبت بوطء الشبهة (٢٨) أن المرأة يجوز أن
 يكون لها جماعة أولياء لقوله صلى الله عليه وسلم : فإن اشتجروا ، فهذا إخبار عن
 جمع (٢٩) أن السلطان ولى من لا ولى لها
 (٣٠) ان الاولياء اذا عضلوا المرأة عن النكاح انتقلت الى السلطان ، لأن
 الاختلاف المراد في الخبر أن يقول كل واحد منهم : لا أزوجها بل زوجها أنت

فأما إذا قال كل واحد منهم : أنا أزوجه دونك ؛ فلا تنتقل إلى الساطان .
 (فرع) إذا تزوج الرجل امرأة من نفسها ثم ترافعا إلى حاكم شافعي أو حنبلي
 لأن الظاهر من مذهب أحمد بطلان النكاح بغير ولي وشاهدين كما في المغني لابن
 قدامة - فإن كانا لم يترافعا إلى حاكم حنفي قبله حكم الشافعي بفساده وفرق
 بينهما لأنه يعتقد بطلانه ، وإن كانا قد ترافعا قبله إلى حاكم حنفي فحكم بصحته
 فمل ينقض الشافعي حكمه . فيه وجهان

قال أبو سعيد الاصطخري : ينقض حكمه ويحكم بفساده ، لأن حكمه مخالف
 لنص النبي صلى الله عليه وسلم ، وهو قوله صلى الله عليه وسلم فنكاحها باطل .
 والثاني - وهو الأصح - أنه لا يصح حكمه بفساده ، لأن حكم الأول وقع
 بما يسوغ فيه الاجتماع فهو كالحكم بالشفعة للجار

(فرع) وإن تزوج رجل امرأة من نفسها ووطئها ، فإن لم يعلم بتحريم الوطء
 بأن كان جاهلا لا يعلم تحريمه أو عاميا فقلد مجتهدا يرى تحليله ، أو كان الواطئ
 حنفيا يرى تحليله فلا حد عليه لأنه موضع شبهة . وإن كان الواطئ شافعيا يعتقد
 تحريمه ففيه وجهان .

قال أبو بكر الصيرفي : عليه الحد لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي
 صلى الله عليه وسلم قال : البغي من انكحت نفسها بغير ولي ولا بينة ، قال في
 المغني شرح مختصر الخرقي : ولا حد في وطء النكاح الفاسد سواء اعتقد حله
 أو حرمة . وعن أحمد ما يدل على أنه يجب الحد بالوطء في النكاح بلا ولي إذا
 اعتقد حرمة ، وهو اختيار السمرقندي من أصحاب الشافعي لما روى الدارقطني
 بإسناده عن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا تزوج المرأة
 المرأة ، ولا تزوج المرأة نفسها ، إن الزانية هي التي تزوج نفسها ،

وإسناده عن الشعبي قال : ما كان أحد من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم
 أشد في النكاح بغير ولي من علي رضي الله عنه كان يضرب فيه . اهـ
 ولخبر عمر الذي فيه أنه جلد الناكح ، ولا مخالف له ، ولأن أكثر ما فيه
 حصول الاختلاف في إباحته ، وذلك لا يوجب إسقاط الحد فيه كشرط التبيذ

والثاني وهو قول أكثر أصحابنا ، وهو المذهب أنه لا حد عليه لقوله صلى الله عليه وسلم ادرءوا الحدود بالشبهات . وحصول الاختلاف في إباحته من أعظم الشبهات ولأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يوجب الحد في حديث عائشة

وأما قوله في رواية الدارقطني : فإن الزانية هي التي تزوج نفسها ، فقد أخرجه أيضاً البيهقي . قال ابن كثير : الصحيح وقفه على أبي هريرة . وفي لفظ : للدارقطني كنا نقول التي تزوج نفسها هي الزانية .

قال الحافظ ابن حجر : فبين أن هذه الزيادة من قول أبي هريرة ، وكذلك رواها البيهقي موقوفة في طريق ورواها مرفوعة في أخرى . فتسميتها بالبغى أو الزانية إذا صحت روايات الرفع حمل على سبيل المجاز لتعلق بعض حكم البغى عليها وهو تحريم الوطء .

فأما جلد عمر لها فكان على جهة التعزير لا على جهة الحد ، بدليل أنه جلد المنكح وهو بالإجماع لا حد عليه .

وأما النبذ فالفرق بينهما أن هذا الوطء بين الزنا والوطء في النكاح الصحيح وشبهه بالوطء في النكاح الصحيح أكثر بدليل أنه يجب فيه المهر والعدة ويأحق به النسب ، وإنما يشبه الزنا بتحريم الوطء لا غير ، فكان إلحاقه بالوطء في النكاح الصحيح في إسقاط الحد أولى والنبذ ليس له إلا أصل واحد يشبهه وهو الخمر لأنه شراب فيه شدة مطربة وليس في الأشربة ما يشبه الخمر غيره فالحقناه به .

* * *

(فرع) ولو تزوج رجل امرأة من نفسها ثم طلقها فهل يقع الطلاق عليها فيه وجهان :

قال أبو اسحاق المروزي : يقع عليها طلاقه لأنه نكاح مختلف في صحته فوقع فيه الطلاق ، كما لو تزوج امرأة ودخل بها وطلقها طلاقاً بائناً ثم يتزوج أختها أو عمته قبل انقضاء عدة الأولى ، فإن نكاح الثانية مختلف في صحته ، لأن مذهبنا أنه يصح ، ومذهب أبي حنيفة وأصحابه أنه لا يصح ، ولو طلق الثانية لوقع عايناً الطلاق وإن كان مختلفاً في نكاحها فكذلك هذه مثلها

والوجه الثاني وهو المنصوص : أنه لا يقع عليها طلاقه ، لأن الطلاق قطع الملك ، فإذا لم يقع هناك ملك لم يقع الطلاق ، كما لو اشترى عبداً ثمراً فأسدأ ثم اعتقه ، ويخالف إذا تزوج امرأة ودخل بها في عدة أختها فإن النكاح عندنا صحيح فلذلك وقع عليها الطلاق وهما النكاح عندنا غير صحيح فلم يقع عليها الطلاق .

(فرع) النكاح الموقوف على الإجازة لا يصح عندنا سواء كان موقوفاً على إجازة الولي أو الزوج أو الزوجة ، فالموقوف على إجازة الولي أن يتزوج الرجل امرأة من رجل ليس بولي لها ويكون موقوفاً على إجازة وليها ، أو تزوج الأمة نفسها أو العبد نفسه بغير إذن السيد ، ويكون موقوفاً على إذن السيد . وأما الموقوف على إجازة الزوج بأن يتزوج الرجل امرأة بغير إذنه ، ويكون ذلك موقوفاً على إجازته . وأما الموقوف على إذن الزوجة بأن يتزوج الولي امرأة بشرط إذنها في النكاح بغير إذنها ويكون موقوفاً على إجازتها : لجميع هذه الأنكحة لا تصح عندنا ، وبه قال أحمد رضي الله عنه .

وقال أبو حنيفة : تصح هذه الأنكحة ، فإن أجاز ذلك الموقوف على رضاه لزم ، وإن رده بطل . وقال مالك : يجوز أن يقف النكاح مدة قريبة ، فإن تطاول للزمان بطل .

دليلنا ما قدمنا من أحاديث في نكاحها باطل ، وحديث : أيما عبد تزوج بغير إذن سيده فهو عاهر .

(فرع) المرأة لا تتوكل في قبول النكاح ولا في إيجابه ، وقال أبو حنيفة : إذا وكل الولي امرأة في إيجاب النكاح أو وكها الزوج في القبول صح . دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم لا تنكح المرأة المرأة ولا تنكح المرأة نفسها ، وهذا عام وروى عن ابن عمر وابن عباس وأبي موسى الأشعري وأبي هريرة رضي الله عنهم أنهم قالوا : المرأة لا تقبل عقد النكاح ، ولا يخالف لهم ، وروى عن عائشة رضي الله عنها أنها حضرت نكاحاً فخطبت ثم قالت : اعقدوا فإن النساء لا يعقدن فدل على أنه إجماع .

(فرع) إذا كانت المنكوحة حرة فأولى الولاية بتزويجها الأب لأن سائر

الأولياء يدلون به ، ولأن القصد بالولي طلب الحظ لها والآب أشفق عليها ، وأطلب للحظ لها من غيره ، فان لم يكن أب وهناك جد أو أب أو جد من أجداد الآب الوارثين وإن علا فهو أولى من الآخر .

وحكى عن مالك أنه قال : الآخر أولى من الجد . دليلنا أن الجسد له ولادة وتعصيب فكان مقدماً على الآخر كالأب ، فان قيل هلا قلتم إن الجد يساوي الآخر في الولاية كما قلتم في الميراث ؟ قلنا الفرق بينهما أن الميراث مستحق بالتعصيب المحض ، ولهذا قدم الابن على الآب في الميراث والآخر يساوي الجد في التعصيب أو هو أقوى من الجد في التعصيب بدليل أنه يعصب أخواته وإن لم يقدم عليه في الميراث للإجماع فلذلك سويتنا بينهما في الإرث ، والولاية في النكاح تستحق بالشفقة وطالب الحظ ، بدليل أن الابن لا ولاية له على أمه لذلك ، والجد أكثر شفقه عليها من الآخر فكان أولى ، فإن عدم الأجداد من قبل الآب انتقلت الولاية إلى الإخوة للآب والام أو الآب ثم إلى بنيتهم ويقدمون على الأعمام وبنيتهم لأنهم يدلون بالآب ، والأعمام يدلون بالجد ، والآب أقرب من الجد ، فإن عدم الآخر وبنوهم انتقلت الولاية للأعمام ثم إلى بنيتهم ، ويقدمون على أعمام الآب وبنيتهم ، لأن الأعمام يدلون بالجد ، وأعمام الآب يدلون بابن الجد وعلى هذا يقدم الأقرب فالأقرب كما قلنا في الميراث .

(فرع) وإن اجتمع وليان أحدهما يدلى بالآب والام ، والآخر يدلى بالآب كآخرين أو عمين ، أو ابنا عم أحدهما لآب وأم والآخر لآب فففيه قولان ، قال في القديم هما سواء ، وبه قال مالك وأحمد وأبو ثور ، لأن ولاية النكاح تستفاد بالانتساب إلى الآب بدليل أن الآخر الام لا ولاية له في النكاح ، وهما في الانتساب إلى الآب سواء فاستويا في الولاية .

وقال في الجديد إن المدلى بالآب والام أولى ، وبه قال أبو حنيفة وهو الصحيح لقوله تعالى : فقد جعلنا لوليه سلطاناً ، ولو قتل رجل وله أخ لآب وأم أو أخ لآب كان القصاص للآخر الآب والام دون الآخر للآب فثبت أنه لا ولاية له معه

ولأنه حق يستحق بالتعصيب فقدم المدلى بالابوين على المدلى بأحدهما كالإرث
وهكذا القولان في التقدم في الصلاة على الميت وفي العقل ، وأما الإرث والولاء
والوصية الأقرب ، فإن المدلى بالآب والآنم أولى قولاً واحداً ، وإن اجتمع
ابنا عم أحدهما معتق أو أخ فهل يقدم في ولاية النكاح والصلاة على الميت والعقل
فيه قولان كأخوين أحدهما لاب وأم والآخر لاب ، وإن اجتمع ابنا عم أحدهما
فحال لم يقدم قولاً واحداً ؛ إلا أنه لا مدخل للخنوة في الميراث .

(فرع) وإن اجتمع المرأة أولياء في درجة واحدة كالأخوة أو بنيتهم والأعمام
أو بنيتهم فالمستحب أن يقدم أكبرهم سناً وأعلمهم وأورعهم لما روى أن حويزة
ومحيصة دخلا على النبي صلى الله عليه وسلم فبدأ محيصة بالكلام ، فقال النبي صلى
الله عليه وسلم كبر كبر : يعني قدم أخاك في الكلام لأنه أكبر سناً منك ، ولأن
الأكبر أخبر بالناس فكان أولى ، والأعلم أعرف بشروط العقد ، والأورع
أحرص على طالب الحفظ لها ، فإن زوجها أحدهم باذنها من غير إذن الباقيين صح ،
وإن كان أصغرهم سناً لقوله صلى الله عليه وسلم إذا انكح الواليان قالاً ولحق ،
ولأن كل واحد منهم ولي ، وإن تشاجرا وقال كل واحد منهم أنا أزوج ولم
يقدموا إلا أكبر الأعمام الأورع أقرع بينهم لاستحقاقهم في الولاية كما روى
أن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا أراد أن يسافر بأحدى نسائه أقرع بينهما ،
فإن خرجت القرعة لأحدهم فزوج أو إذن لغيره من الأولياء الباقيين أو غيرهم صح
وإن زوج واحد ممن لم تخرج القرعة باذن المرأة ففقهه وجهان .

(أحدهما) يصح لأن خروج القرعة لأحدهم لا تبطل ولاية الباقيين كما لو
زوجها أحدهم قبل القرعة .

(والثاني) لا يصح لأن الفائدة في خروج القرعة أن تتمين الولاية لمن خرجت
له ، فلو صححنا عقد غيره بغير إذنه لبطلت فائدة القرعة ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يجوز للإبن أن يزوج أمه بالبنوة لأن الولاية ثبتت للأولياء
لدفع النار عن النسب ولا نسب بين الابن والآنم ، وإن كان للإبن تعصيب بأن

كان ابن ابن عمها جاز له أن يزوج لأنهما يشتركان في النسب . فإن كان لها ابنا ابن عم أحدهما ابنها فعلى القولين في أخوين أحدهما من الأب والآخر من الأم (فصل) ولا يجوز أن يكون الولي صغيراً ولا مجنوناً ولا عبداً لأنه لا يملك العقد لنفسه فلا يملكه لغيره ، واختلاف أصحابنا في المحجور عليه لسهفه ، فمنهم من قال : يجوز أن يكون ولياً لأنه إنما حجر عليه في المال خوفاً من اضعافه وقد أمن ذلك في تزويج ابنته لجاز له أن يعقد كالمحجور عليه للفلس ، ومنهم من قال : لا يجوز لأنه ممنوع من عقد النكاح لنفسه فلم يجوز أن يكون ولياً لغيره ، ولا يجوز أن يكون فاسقاً على المنصوص ، لأنها ولاية فلم تثبت مع الفسق كولاية المال . ومن أصحابنا من قال : إن كان أباً أو جداً لم يجوز ، وإن كان غيرهما من العصبات جاز ، لأنه يعقد بالاذن لجاز أن يكون فاسقاً كالوكيل .

ومن أصحابنا من قال : فيه قولان (أحدهما) لا يجوز لما ذكرناه (والثاني) يجوز لأنه حق يستحق بالتعصيب فلم يمنع منه الفسق كالميراث والتقدم في الصلاة على الميت ، وهل يجوز أن يكون أعمى ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) يجوز ، لأن شعبياً عليه السلام كان أعمى وزوج ابنته من موسى صلى الله على نبيينا وعليهم وسلم .

(والثاني) لا يجوز ، لأنه يحتاج إلى البصر في اختيار الزوج ، ولا يجوز للمسلم أن يزوج ابنته الكافرة ، ولا للكافر أن يزوج ابنته المسلمة لأن الموالاة بينهما منقطعة ، والدليل عليه قوله تعالى « والمؤمنون المؤمنات بعضهم أولياء بعض ، وقوله سبحانه « والذين كفروا بعضهم أولياء بعض ، ولهذا لا يتوارثان ويجوز للسلطان أن يزوج نساء أهل الذمة ، لأن ولايته تعم المسلمين وأهل الذمة ولا يجوز للكافر أن يزوج أمته المسلمة ، وهل يجوز للمسلم أن يزوج أمته الكافرة فيه وجهان (أحدهما) يجوز ، وهو قول أبي إسحاق وأبي سعيد الاصباطي وهو المنصوص ، لأنها ولاية مستفادة بالملك فلم يمنع منها خلاف الدين كالولاية في البيع والاجارة (والثاني) لا يجوز ، وهو قول أبي القاسم الدارمي لأنه إذا لم يملك تزويج الكافرة بالنسب فلائ لا يملك بالملك أولى .

(الشرح) قال الشافعي رضي الله عنه : ولا يزوج المرأة ابنتها إلا أن يكون عصبه ، وبيان ذلك أن الابن لا ولاية له على أمه في النكاح من جهة البنوة . وقال مالك وأبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد وأحمد بن حنبل وإسحاق رحمهم الله تعالى : يثبت له عليها ولاية النكاح بالبنوة ، واختلفوا في ترتيب ولايته فذهب مالك وأبو يوسف وإسحاق إلى أنه مقدم على الأب ، وذهب محمد وأحمد إلى أن الأب مقدم عليه ، وذهب أبو حنيفة إلى أنهما سواء .

دللنا على أنه لا ولاية له أن بين الابن وأمه قرابة لا ينسب أحدهما إلى الآخر ولا ينتسبان إلى من هو أعلى منهما : فلم يكن له عليها ولاية كابن الأخت .

قال الشافعي رضي الله عنه : ولأن ولاية النكاح إنما وضعت طلباً لحظ المرأة والاشفاق عليها والابن يعتقد أن تزويج أمه عار عليه فلا يطالب لها بالحظ ، ولا يشفق عليها فلم يستحق الولاية عليها ، وإن كان ابنها من عصبته بأن كان ابن ابن عمها كان ولياً لها في النكاح لأنهما لا ينتسبان إلى من هو أعلى منهما فجاز له تزويجها كنزويج الأخ لاخته للأب ، وإن كان لها ابن ابن عم أحدهما ابنها ففيه قولان .

(أحدهما) أنهما سواء (والثاني) أن ابنها أولى كالأقولين في الأخوين أحدهما لأب وأم والآخر لأب ، وهكذا إذا كان ابنها مولاه أو كان حاكماً فله عليها ولاية من جهة الولاء والحكم لا من جهة البنوة .

(فرع) وإن كانت له أخت لام لا قرابة بينهما غير ذلك لم يملك تزويجها . وقال أبو حنيفة في إحدى الروايتين : له تزويجها .

دللنا أنه لا تعصية بينهما فلم يملك تزويجها كالأجنبي .

(فرع) قال الشافعي في البويطى : لا يكون الولي إلا مرشداً . وقال في موضع آخر وولي الكافرة كافر ، وهو يقتضى ثبوت الولاية للفاسق ، واختلف أصحابنا في الفاسق هل هو ولي في النكاح أم لا ؟ على خمسة طرق فقال الشيخ أبو حامد : الفاسق ليس بولي في النكاح قولاً واحداً .

وقال القفال الفاسق بولي في النكاح قولاً واحداً . وقال أبو إسحاق المروزي

ان كان الولي ممن يجبر على النكاح كالأب والجد في تزويج البكر لم يصح أن يكون فاسقاً لأنه يزوج بالولاية ، والولاية لا تثبت مع الفسق . كفسق الحاكم والوصي وان كان ممن لا يجبر على النكاح كمن عدا الأب والجد من الأولياء ، وكترزويج الأب والجد للثيب صح تزويجه ، وان كان فاسقاً . لأنه يزوج بإذنها فهو كالوكيل ومن أصحابنا من قال : ان كان الفاسق مبدراً في ماله لم يحز أن يكون ولياً في النكاح ؛ وان كان رشيداً في أمر دينه كان ولياً في النكاح . ومن أصحابنا من قال فيه قولان (أحدهما) أن الفاسق ولي في النكاح بكل حال . وهو قول مالك وأبي حنيفة لقوله تعالى : وأنكحوا الأيامى منكم ، وهذا خطاب الأولياء ، ولم يفرق بين العدل والفاسق ، ولأن الكافر لما ملك تزويج ابنته الكافرة - والمسلم الفاسق أعلا منه - فلأن يملك تزويج وليته أولى

(والثاني) لا يصح أن يكون ولياً بحال ، وهو المشهور من المذهب لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا نكاح إلا بولي .

وروى عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال : لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل ، ولا مخالف له ، والمرشد من أسماء المدح ، والفاسق ليس بمدوح ؛ ولأنه تزويج في حق غيره فنافاه الفسق في دينه كفسق الحاكم ، فقولنا تزويج ، احتراز من ولاية القصاص ؛ وقولنا في حق غيره ، احتراز من تزويج الفاسق لأنه تزويج في حقه ، بدليل أنه يجب له المهر . وقولنا في دينه ، احتراز من تزويج الكافر لابنته الكافرة ، لأنه ليس بفاسق في دينه ، ولأن الولي إنما اشترط في العقد لئلا تحمل المرأة شهوتها على أن تلقى نفسها في أحضان غير كف . وتزوج نفسها في العدة ، فيلحق العار بأهلها وهذا المعنى موجود في الفاسق لأنه لا يؤمن أن يحمله فسقه على أن يضع المرأة في أحضان غير كف . ، وبزوجه في العدة ، فيلحق العار بأهلها . فلم يحز أن يكون ولياً

وأما الآية فلا نسلم له أنها تنصرف إلى الفاسق لأنه ليس بولي عندنا ، فإن سلمنا فإن عمومها مخصص بالخبر . وأما الكافر فإنه يصح أن يزوج ابنته الكافرة إذا كان رشيداً في دينه لأنه مقرر عليه بخلاف الفاسق

إذا ثبت هذا وقلنا الفاسق ليس بولي فقد قال المسعودي : واختلف أصحابنا

في الفسق الذي يخرج به عن ولاية النكاح ، فمنهم من قال : شرب الخمر لحسب ،
لأنه إذا كان يشربها فإنه يميل إلى من هو في مثل حاله ، ومنهم من قال : جميع
الفسق بمثابته .

(فرع) قال الشافعي رضي الله عنه : وإن كان الولي سفيهاً أو ضعيفاً غير
عالم بموضع الحظ ، أو سفيهاً مؤملاً أو به علة تخرجه عن الولاية فهو كزوات ،
فإذا صالح صار ولياً . قال أصحابنا : أما السفيه فله تأويلان (أحدهما) أنه أراد
الصغير (والثاني) أنه أراد به الشيخ الذي قد ضعف نظره عن معرفة موضع
الحظ . وأما السقيم فن كان به سقم شديد قد نقص نظره وأخرجه عن طاب
الحظ . وأما المؤلم وهو صفة السقيم ، وهو السقيم الذي اشتد به الألم إلى أن
أخرجه عن النظر . وروى أو سقيماً ولياً ، فيكون معناه السقيم الذي صار مولى
من قلة تمييزه . وأما الذي به علة فالمراد به إذا قطعت يده أو رجله أو أصابه
جرح عظيم أخرجه عن حد التمييز فإن ولايته تزول ، فإن زالت هذه الأسباب
عادت ولايته ، لأن المانع وجود هذه الأسباب فزال المانع بزوالها

(فرع) قال أبو علي الطبري : إذا كان الولي يحمي يوماً ويفيق يوماً ، أو
يغمى عليه يوماً ويفيق يوماً ، فهل يخرج به ذلك من الولاية ؟ فيه وجهان .
وأما السكران فإن قلنا إن الفاسق ليس بولي وهذا قاطع . وإن قلنا الفاسق ولي
فهل يخرج السكران من الولاية ؟ فيه وجهان كالجنون غير المطبق والإحرام في
الحج هل يخرج من الولاية ؟ فيه وجهان ، فإن قلنا يخرج به زوجه من دونه
من الأولياء ، وإن قلنا لا يخرج به زوجها السلطان . وأما الآخرس إذا كان له
إشارة مفهومة كان ولياً في النكاح ، وإن لم يكن له إشارة مفهومة فلا
بولي في النكاح .

(فرع) وهل يصح أن يكون الأعمى ولياً في النكاح ؟ فيه وجهان
(أحدهما) لا يصح لأنه قد يحتاج إلى النظر في اختيار الزوج لها ، إلا
بزوجهما بمعيب أو دميم
(والثاني) يصح ، وهو الصحيح ، لأن شعيباً عابه السلام كان أعمى وزوج
ابنته من موسى عليه السلام .

(فرع) قال الشافعي رضي الله عنه : وولي الكافرة كافر ، ولا يكون المسلم ولي الكافرة إلا على أمته . وبيان ذلك أنه إذا كان للكافر ابنة مسلمة فإنه لا ولاية له عليها ، فإن كان لها ولي مسلم زوجها وإلا زوجها الحاكم لقوله تعالى : والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض .

وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم لما أراد أن يتزوج أم حبيبة بنت أبي سفيان وكانت مسلمة وأبو سفيان لم يسلم ، وكل النبي صلى الله عليه وسلم عمرو بن أمية الضمري فتزوجها من ابن عمها خالد بن سعيد بن العاص ، وكان مسلماً ، وإن كان للمسلم ابنة كافرة فلا ولاية له عليها لقوله تعالى : والذين كفروا بعضهم أولياء بعض ، فدل على أنه لا ولاية للمسلم عليها ، فإن كان لها ولي كافر زوجها الآية ، وإن لم يكن لها ولي كافر زوجها الحاكم لقوله صلى الله عليه وسلم : قالساطان ولي من لا ولي له . ولم يفرق بين المسلم وغيره : ولأن ولايته عامة فدخل فيها المسلم والكافر .

وإن كان للمسلم أمة كافرة فهل له عليها ولاية في النكاح ، فيه وجهان : من أصحابنا من قال له عليها ولاية ، وهو المنصوص في الام ، لأنها ولاية مستفادة بالملك فلم يمنع اختلاف الدين كالفسق لمسلم يؤثر في منع تزويج أمته ، فكذلك كفرها . ومنهم من قال ليس بولي لها ؛ لأنه إذا لم يملك تزويج ابنته الكافرة فلأن لا يملك تزويج أمته الكافرة أولى . وحمل النص على الولاية في عقد البيع والاجارة ، والأول أصح ، وإن كان للكافر أمة مسلمة فهل له أن يزوجه . قال ابن الصباغ فيه وجهان كما قلنا في تزويج المسلم لأخته الكافرة ، والله أعلم

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن خرج الولي عن أن يكون من أهل الولاية بفسق أو جنون انتقلت الولاية إلى من بعده من الأولياء لأنه بطلت ولايته فانتقلت الولاية إلى من بعده ، كالمومات ، فإن زال السبب الذي بطلت به الولاية عادت الولاية لزوال السبب الذي أبطل ولايته : فإن زوجها من انتقلت إليه قبل أن يعلم بعود ولاية الأول ففیه وجهان بناء على القولين في الوكيل إذا باع ما وكل في بيعه قبل

أن يعلم بالعزل ، وإن دعت المذكورة إلى كفؤ فعضلها الولي زوجها السلطان لقوله صلى الله عليه وسلم : فإن اشتجر وأقال سلطان ولي من لا ولي له ، ولأنه حق توجه عليه تدخله النيابة ، فإذا امتنع قام السلطان مقامه كما لو كان عليه دين فامتنع من أدائه ، وإن غاب الولي إلى مسافة تقصر فيها الصلاة زوجها السلطان ولم يكن لمن بعده من الأولياء أن يزوج لأن ولاية الغائب باقية ؛ ولهذا لو زوجها في مكانه صح العقد وإنما تعذر من جهته فقام السلطان مقامه ، كما لو حضر وامتنع من تزويجها ، فإن كان على مسافة لا تقصر فيها الصلاة ففيه وجهان

(أحدهما) لا يجوز تزويجها إلا بأذنه لأنه كالحاضر

(والثاني) يجوز للسلطان أن يزوجهما لأنه تعذر استئذانه فأشبهه إذا كان في سفر بعيد ، ويستحب للحاكم إذا غاب الولي وصار التزويج إليه أن يأذن لمن تنتقل الولاية إليه ليزوجهما ليخرج من الخلاف ، فإن عند أبي حنيفة أن الذي يملك التزويج هو الذي تنتقل الولاية إليه .

(الشرح) قال الشافعي رضي الله عنه : ولا ولاية لأحد وثم أولى منه ، وجملة ذلك أنه إذا كان للدرأة وليان أحدهما أقرب من الآخر ؛ فإن الولاية للأقرب فإن زوجها من بعده لم يصح . وقال مالك يصح . دليلنا أنه حق مستحق بالتعصيب فلم يثبت للأبعد مع الأقرب كالميراث ، فإن خرج الأقرب عن أن يكون ولياً باختلاف الدين أو الفسق أو الجنون أو الصغر انتقلت الولاية إلى الولي الأبعد ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم تزوج أم حبيبة من ابن عمها مع وجود أبيها ليكون أبيها كافراً . وإذا ثبت ذلك في الكفر كان الفسق والجنون والعذر مثله ، لأن الجميع يمنع ثبوت ولاية النكاح .

وإن اعتق رجل أمة ومات وخلفت ابناً صغيراً وأخاً لاب كبيراً وأرادت الجارية النكاح ولا مناسب لها فلا أعلم فيها نصاً ، والذي يقتضي المذهب أن ولاية نكاحها لأخ المعتق ، لأن الولاية في الولاء فرع عن ولاية النسب وولاية أبيه الميت لأخيه مادام الابن صغيراً . وكذلك ولاية المعتقه

(فرع) وإن زال السبب الذي أوجب قطع الولاية في الأقرب طادت ولايته

لأن المانع قد زال فإن كان الولي الأبعد قد زوجها قبل زوال المانع صح النكاح وإن زوجها بعد زوال المانع وبعد علمه بزوال المانع لم يصح كالأب والوكيل ما وكل في بيعه بعد العزل وبعد علمه بالعزل ، وإن زوج بعد زوال المانع وقبل علمه بزواله ففيه وجهان بناء على القولين في الوكيل لماذا باع بعد العزل وقبل علمه بالعزل

(فرع) وإن دعت المرأة أن تزوج لئلا يكفؤ فامتنع الولي زوجها الحاكم ، ولا تنتقل إلى من عدا العاضل من الأولياء لقوله صلى الله عليه وسلم ، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له ، ولأن النكاح حق لها فإذا تعذر ذلك من جهة وليها كان على الحاكم استيفاؤه ، كما لو كان على رجل دين فامتنع من بذله فإن الحاكم ينوب عنه في الدفع من مال الممتنع .

(فرع)

قال الشافعي رضي الله عنه : فإن كان أولاهم به مفقوداً أو غائباً غيبة بعيدة كانت أو قريبة زوجها السلطان ، وجملة ذلك أنه إذا كان للراة أب أو جد فغاب الأب وحضر الجد ودعت المرأة إلى تزويجها نظرت ، فإن كان الأب مفقوداً بأن انقطع خبره ولا يعلم أنه حي أو ميت فإن الولاية لا تنتقل إلى الجد ، وإنما زوجها السلطان ، لأن ولاية الأب باقية عليها ، بدليل أنه لو زوجها في مكانه لصح ، وإنما تعذر بغيبته فغاب الحاكم عنه ، كما لو غاب وعليه دين ، فإن الحاكم ينوب عنه في الدفع من ماله دون الأب

وإن غاب غيبة غير منقطعة بأن يعلم أنه حي نظرت — فإن كان على مسافة تقصر فيها الصلاة — جاز للسلطان تزويجها ، لأن في استئذانه مشقة فصار كالمفقود .

وإن كان على مسافة لا تقصر فيها الصلاة ، فاختلاف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال يجوز للحاكم تزويجها ، وهو المذهب ، لأن في استئذانه الحاق مشقة ، فهو كما لو كان على مسافة القصر

ومنهم من قال لا يجوز تزويجها لانه في حكم الحاضر ، بدليل أنه لا يجوز له
القصر والفطر ، فهو كما لو كان في البلد . هذا مذهبننا وبه قال زفر .

وحكى ابن القاص قولاً آخر أن الولاية تنقل الى من بعده من
الأولياء ، وليس بمشهور

وقال أبو حنيفة - ومحمد وأحمد بن حنبل - ان غاب الأب غيبة منقطعة
جاز للجد تزويجها . وان كانت غيبة غير منقطعة لم يحز للجد تزويجها

واختلف أصحاب أبي حنيفة في حد المنقطعة ، فمنهم من قال من الرقة الى
البصرة ، ومنهم من قال من بغداد الى البصرة

وقال محمد ، اذا سافر من اقليم الى اقليم ، كمن سافر من الكوفة الى بغداد
فهي منقطعة ، وان كان في اقليم واحد فهي غير منقطعة

ومنهم من قال المنقطعة الذي لا تجيء منه المأفلة في السنة الا مرة واحدة .
ودايلنا أن كل ولاية لم تنقطع بالغيبة القريبة لم تنقطع بالغيبة البعيدة
كولاية المال .

* * *

اذا ثبت هذا فان الشافعي رضي الله عنه قال ، وان غاب الولي وأراد الحاكم
تزوجها استحب له أن يستدعي عصباتها ، وان لم يكن نوا أولياء ، فان لم يكن لها
عصبات فذوى الارحام والقرابات لها ، فيسألهم عن حال الزوج ويستشيرهم في
أمره ليستطيب بذلك نفوسهم ، لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر نعيماً
أن يشاور أم ابنته في تزويجها ، وان لم يكن لها ولاية ، فان قالوا انه كف ، زوجها
قال الشيخ أبو إسحاق : ويستحب له أن يأذن لمن تنقل الولاية اليه ليزوجها
ليخرج من الخلاف ، فإن زوجها الحاكم بنفسه أو أذن لأحد أو لم يشاورهم صح
ذلك ، لأن الولاية له . قال الشافعي : ولا يزوجه ما لم يشهد شاهدان أنه ليس
لها ولي وليست في نكاح أحد ولا عدة . قال المسعودي : من أصحابنا من قال :
هذا واجب ، ومنهم من قال : هذا مستحب والله أعلم بالصواب .

(فصل) ويجوز للأب والجد تزويج البكر من غير رضاها صغيرة كانت أو كبيرة : لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر يستأمرها أبوها في نفسها ، فدل على أن الولي أحق بالبكر وإن كانت بالغة فالمستحب أن يستأذنها للخبر وإذنها صماها لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماها ، ولأنها تستحي أن تأذن لبيها بالنطق لجعل صماها إذنا ، ولا يجوز لغير الأب والجد تزويجها إلا أن تبلع وتأذن ، لما روى نافع : أن عبد الله بن عمر رضي الله عنه تزوج بنت خاله عثمان ابن مظعون فذهبت أمها إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقالت : إن ابنتي تكره ذلك فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يفارقها . وقال : لا تشكحوا اليتامى حتى تستأمرهم ، فإن سكنن فهو إذنه فتزوجت بعد عبد الله ، المغيرة ابن شعبه ، ولأنه ناقص الشفقة ولهذا لا يملك التصرف في مالها بنفسه ، ولا يبيع مالها من نفسه ، فلا يملك التصرف في بضعها بنفسه ، فإن زوجها بعد البلوغ ففي إذنها وجهان .

(أحدها) أن إذنها بالنطق لأنه لما افتقر تزويجها إلى إذنها افتقر إلى نطقها بخلاف الأب والجد .

(والثاني) وهو المنصوص في الإجماع وهو الصحيح : أن إذنها بالسكوت لحديث نافع ، وأما الثيب فإنها انذهبت بكارتها بالوطء - فإن كانت بالغة عاقلة - لم يحز لأحد تزويجها إلا بإذنها ، لما روت خنساء بنت خدام الانصارية : أن أباه زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك ، فذكرت لرسول الله (ص) فرد نكاحها ، وإذنها بالنطق لحديث ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماها ، فدل على أن الثيب بالنطق . وإن كانت صغيرة لم يحز تزويجها حتى تبلع وتأذن لأن إذنها معتبر في حال السكبر

فلا يجوز الافتيات عليها في حال الصغر ، وإن كانت مجنونة جاز الأب والجد تزويجها صغيرة كانت أو كبيرة لأنه لا يرجى لها حال تستأذن فيها ولا يجوز لسائر العصبات تزويجها لأن تزويجها إجبار وليس لسائر العصبات غير الأب والجد ولاية الإجماع ، فأما الحاكم فإنها إن كانت صغيرة لم يملك تزويجها لأنه لا حاجة بها إلى النكاح ، وإن كانت كبيرة جاز له تزويجها إن رأى ذلك لأنه قد يكون في تزويجها شفاء لها ، وإن ذهبت بكارتها بغير الوطء ففيه وجهان .

(أحدهما) إنها كالموطوءة لعموم الخبر .

(والثاني) وهو المذهب إنها تزوج الأبكار لأن الثيب إنما اعتبر إذنها لذهاب الحياء بالوطء والحياء لا يذهب بغير الوطء .

(فصل) وإن كانت المنكوحه أمة فللمولى أن يزوجه بكرأ كانت أو ثيباً ، صغيرة كانت أو كبيرة ، عاقلة كانت أو مجنونة ، لأنه عقد يملكه عليها بحكم الملك ، فكان إلى المولى كالأجارة . وإن دعت الأمة المولى إلى النكاح ، فإن كان يملك وطأها لم يلزمه تزويجها لأنه يبطل عليه حقه من الاستمتاع ، وإن لم يملك وطأها ففيه وجهان .

(أحدهما) لا يلزمه تزويجها لأنه تنقص قيمتها بالنكاح .

(والثاني) يلزمه لأنه لا حق له في وطئها ، وإن كانت مكاتبه لم يملك السيد تزويجها بغير إذنها لأنه لا حق له في منفعتها ، فإن دعت السيد إلى تزويجها ففيه وجهان .

(أحدهما) يحبر لأنها تستعين بالمهر والنفقة على الكتابة (والثاني) لا يحبر لأنها ربما عادت إليه وهي ناقصة بالنكاح .

(الشرح) حديث ابن عباس رواه أحمد ومسلم وأبي داود والترمذي والنسائي وابن ماجه وابن أبي شيبة بإلفظ : الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها ، وفي رواية لأحمد ومسلم وأبي داود والنسائي : والبكر يستأمرها أبوها ، وفي رواية لأحمد والنسائي : واليتيمة تستأذن في نفسها ، وفي

رواية لابي داود والنسائي ، ليس للولى مع الشيب أمر واليتيمة تستأمر وصحتها
إقرارها ، قال الحافظ : ورجاله ثقات وأعل بالارسال ، وبتفرد جرير بن حازم
عن أيوب وبتفرد حسين عن جرير ، وأجيب بأن أيوب بن سويد رواه عن
الثوري عن أيوب موصولا ، وكذلك رواه معمر بن سليمان الرقي عن زيد بن
حباب عن أيوب موصولا ، وإذا اختلف في وصل الحديث وارساله حكم لمن
وصله على طريقة الفقهاء ، وعن الثاني بأن جريرا تابع عن أيوب كما ترى . وعن
الثالث بأن سليمان بن حرب تابع حسين بن محمد عن جرير ، وانفصل البيهقي
عن ذلك بأنه محمول على أنه زوجها من غير كف .

وقد أخرج أحمد والبخاري وأصحاب السنن عن خنساء بنت خدام الانصارية
أن أباهما زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم
فرد نكاحها ، وروى أحمد والشيخان وأصحاب السنن وابن حبان والحاكم عن
أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا تنكح الایم حتى تستأمر
ولا البكر حتى تستأذن ، قالوا : يا رسول الله وكيف اذنها : قال : أن تسكت ،
وأخرج أحمد والشيخان عن عائشة قالت : قلت : يا رسول الله تستأمر النساء في
أبضاعهن قال : نعم ، قلت : ان البكر تستأمر فتستحي فتسكت فقال سكاتها
اذنها ، وهو من أحاديث الفصل .

أما حديث نافع من قصة زواج عبد الله بن عمر من ابنة خاله فقد أخرجه
أحمد والدارقطني عن ابن عمر بلفظ : توفي عثمان بن مظعون وترك ابنة له من
خولة بنت حكيم بن أمية بن حارثة بن الأوقص ، وأوصى الى أخيه قدامة بن
مظعون ، قال عبد الله : وهما خالاي فخطبت الى قدامة بن مظعون ابنة عثمان بن
مظعون فزوجنيها ، ودخل المغيرة بن شعبه - يعني الى أمها فارغبها في المال -
فخطب اليها ، وحطت هوى الجارية الى هوى أمها فأبتا حتى ارتفع أمرهما الى
رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال قدامة بن مظعون : يا رسول الله ابنة أخي
أوصى بها الى فزوجتها ابن عمتها فلم أقصر بها في الصلاح ولا في الكفاة ،
ولمكها امرأة ، وإنما حطت الى هوى أمها قال : فقال رسول الله صلى الله عليه

وسلم : هي بتيمة ولا تنكح الا بإذنها ، قال : فانزعت والله مني بعد أن ملكتها فزوجهها لمغبرة بن شعبة ، وقد أورده الحافظ ابن حجر في التلخيص وسكت عنه ، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد : ورجال أحمد ثقات .

أما الأحكام : فإنه لا يخلو حال المراد زواجها من أن تكون حرة أو أمة ، فإن كانت حرة نظرت ، فإن كانت عاقلة فلا تخلو إما أن تكون بكرأ أو ثيبأ ، فإن كانت بكرأ فلا يخلو إما أن تكون صغيرة أو كبيرة ، فإن كانت صغيرة جاز للأب تزويجها بغير إذنها بغير خلاف ، والدليل عليه قوله تعالى : واللاتي ينسن من الحيض من نسائكم إن ارتبتم فمدتهن ثلاثة أشهر ، واللاتي لم يحضن ، وتقديره وكذلك عدة اللاتي لم يحضن ، وإنما يجب على الزوجة الإعداد من الطلاق بعد الوطء فدل على أن الصغيرة التي لم تحض يصح نكاحها ، ولا جهة يصح نكاحها معها إلا أن يزوجه أبوها .

وروت عائشة رضي الله عنها قالت : تزوجني رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا ابنة سبع سنين ودخل بي وأنا ابنة تسع سنين ، ومعلوم أنه لم يكن بإذنها حكم في تلك الحال ، فعلم أن أباهما زوجها بغير إذنها فيجوز للأب والجد إجبارها على النكاح ولا يجوز لغيرهما من الأولياء تزويجها قبل أن تبلغ .

وقال مالك : لا يجوز للجد . وقال أبو حنيفة ، يجوز للأب والجد وسائر العصبات ، وللاحكام إجبارها على النكاح إلا أنه إذا زوجها غير الأب والجد ثبت لها الخيار في فسخ النكاح إذا بلغت .

دلينا على مالك أن للجد ولادة وتعصياً لحاز له إجبار البكر كالآب ، وعلى أبي حنيفة بما روى ابن عمر من حديث زواجه بابنة خاله عثمان بن مظعون ، وقول النبي (ص) . إنما بتيمة وإنها لا تنكح الا بإذنها ، ولأن غير الأب والجد لا يلي مالها بنفسه فلم يملك إجبارها على النكاح كالأجنبي .

إذا ثبت هذا : قال الشافعي رضي الله عنه في القديم . استحباب الآب أن لا يزوجهما حتى تبلغ مع لشكون من أهيل الإذن . لأنه يلزمها بالنكاح حقوق . قال الصيمري . إذا قاربت البلوغ وأراد تزويجها فالمستحب أن يرسل إليها نساء

ثقات ينظرون ما عندها . فإن كانت البكر بالغاً فالأب والجد اجبارها على النكاح وان أظهرت البكر اهية ، وبه قال ابن أبي ليلى وأحمد وإسحاق .

وقال مالك . للأب اجبارها دون الجد ، وقال أبو حنيفة وأصحابه والثوري والأوزاعي لا يجوز لأحد اجبارها . دليلنا على مالك أن الجد له تعصيب وولادة فملك اجبار البكر على النكاح كالأب ؛ وعلى أبي حنيفة بقوله صلى الله عليه وسلم والثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وأذنها صماتها ، فلما جعل النبي صلى الله عليه وسلم الثيب أحق بنفسها من وليها دل على أن الولي أحق بالبكر ، والمراد بالولي هنا الأب والجد بدليل قوله صلى الله عليه وسلم واليتيمة تستأمر في نفسها ، فإن صممت فهر أذنها ، وإن أبت فلا جواز عليها ، رواه أحمد وأبو داود والنسائي والترمذي وصححه ، وأراد باليتيمة التي لا أب لها وسماها يتيمة بعد البلوغ استصحاباً لاسمها قبل البلوغ ، فلما أوجب استئذان اليتيمة دل على أن غير اليتيمة لا تستأذن ؛ ومن لها أب أو جد فليست بيتيمة إذا ثبت هذا قال زوج الأب أو الجد البكر البالغ فالمستحب لهما استئذانها وأذنها صماتها للخبر ، ولأنها تستحي أن تأذن بالنطق ، فإن لم يستأذنها جاز لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن فقصد بذلك التفرقة بينهما ؛ فلو قلنا : إن استئذان البكر واجب لما كان بينهما فرق ، وإن زوج البكر البالغ غير الأب والجد من الأولياء لم يصح حتى يستأذن وهو إجماع لا خلاف فيه ، وفي أذنها وجهان ،

(أحدهما) لا يحصل إلا بنطقها ، لأن كل من يفتقر نكاحها إلى أذنها افتقر إلى نطقها مع قدرتها على النطق كالثيب وهو المذهب إن شاء الله تعالى فصممت كان ذلك أدناً منها في النكاح لقوله صلى الله عليه وسلم اليتيمة تستأمر في نفسها فإن صممت فهو أذنها لأنها تستحي أن تأذن بالنطق بخلاف الثيب . قال العمراني في البيان ، قال أصحابنا المتأخرون فإن استأذنها وليها أن يزوجهما بأقل من مهر مثلها أو بغير نقد البلد وصممت لم يكن ذلك أدناً منها في ذلك ، لأن ذلك مال فلا يكون صممتها أدناً فيه ، كما لو استأذنها في بيع مالها فصممت ، بخلاف النكاح .

وإن كانت المراد تزويجها ثيباً نظرت - فإن ذهبت بكارتها بالوطء في نكاح
أو ملك أو شبهة - فإن كانت بالغاً لم يجوز لأحد من الأولياء إجبارها على النكاح
سواء كان الولي أباً أو جداً أو غيرهما، لما روى أن خنساء بنت خدام الأنصارية
زوّجها أبوها وهي ثيب، فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فرد نكاحها.
وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: ليس للولي مع الثيب أمر. قال الشيخ
أبو حامد: وهو إجماع لا خلاف فيه. ولا يصح نكاحها إلا بإذنها، ولا يصح
إذنها إلا بنطقها مع قدرتها على النطق لقوله صلى الله عليه وسلم: والبكر تستأذن
في نفسها وإذنها صماتها. فلما جعل أذن البكر الصمت دل على أن أذن الثيب
بالنطق، فإن كانت خرساء وأشارت إلى الإذن بما يفهم منها صح تزويجها، وإن
كانت الثيب صغيرة لم يجوز لأحد من الأولياء تزويجها قبل البلوغ، سواء كان
الولي أباً أو جداً أو غيرهما.

وقال أبو حنيفة وأصحابه: يجوز للأب والجد وغيرهما من الأولياء إجبارها
على النكاح، والاجبار عندهم يختلف بصغر المنكوحة وكبرها، وعندنا يختلف
ببكرتها وثبوتها.

دللنا قوله صلى الله عليه وسلم: ليس للولي مع الثيب أمر، ولم يفرق،
ولأنها حرة سليمة ذهبت بكارتها بجماع فلم تجبر على النكاح كالثيب الكبيرة.
وقولنا حرة، احتراز من الأمة، وقولنا سليمة احتراز من المجنونة: وقولنا
بجماع احتراز عن ذهبت بكارتها بوثبة أو غيرها.

(فرع) وإن ذهبت بكارتها بالزنا فهو كما لو ذهبت بالجماع في النكاح، فيكون
حكمها حكم الثيب في الأذن. وقال أبو حنيفة: حكمها حكم البكر. دللنا أنها حرة
سليمة ذهبت بكارتها بجماع، فهو كما لو ذهبت بنكاح وإن ذهبت بكارتها بوثبة
أو قنيس فقيه وجمان:

(أحدهما) حكمها حكم الموطوءة بنكاح لأنها ثيب

(والثاني) حكمها حكم البكر في الأذن، وهو المذهب، لأن الثيب إنما اعتبر
إذنها بالنطق لذهاب الحياء بالوطء وهذا الحياء لا يذهب بغير الوطء بخلاف أجنبية
فإنها إذا لم تستح من مباحضة الرجال على الزنا والاقدام عليه لم تستح من النطق بالأذن

وقال الصيمري : وان خلقت المرأة لا بكاره لها فهي كال بكر ، وان ادعت المرأة البكاره أو الثيوبه قال الصيمري : القول قولها . ولا يكشف عن الحال لأنها أعلم بحالها .

(فرع) قال ابن الحداد : اذا زوج الرجل ابنته البكر البالغ بغير ادنها فلما بلغها ذلك قالت : أنا أخته من الرضاع ، يعني الزوج ، أو تزوجني أبوه قبله أو غير ذلك من الأسباب المحرمة فالقول قولها مع يمينها ، ويبطل النكاح . وان كانت ثيباً فزوجها وليها بادنما أو زوجها أبوها وهي بكر بغير ادنها فكان الزوج من وطئها ثم ذكرت سبباً يوجب التحريم لم يقبل قولها كما قال الشافعي رضي الله عنه فيمن ضل له عبد فأخذه الحاكم ورأى المصلحة في بيعه فباعه أو باعه عليه الحاكم لدين عليه وهو غائب ثم قدم وادعى أنه أعتقه قبل ذلك قبل قوله فيه مع يمينه .

ولو بلغه المالك بنفسه أو باعه الحاكم عليه وهو حاضر لدين عليه امتنع منه ثم ادعى بعد البيع أنه كان أعتقه أو أوقفه لم يقبل قوله في ذلك ، فن أصحابنا من صوب ابن الحداد ومنهم من خطاه وقال لا يقبل قولها بحال ، لأن لها غرضاً في اجبار الأزواج ، وربما كرهت زوجها وطابت غيره ، ولا تصدق على ما يوجب بطلان نكاحها ، كما اذا أقر العبد بجنابة خطأ أو اتلاف مال فانه لا يقبل

(فرع) قال ابن الحداد : وان قالت امرأة وهي بالغ عاقلة زوجني أبي زيداً بشهادة شاهدين وصداقها زيد على ذلك فأنكر الأب أو الشاهدان ذلك لم يلتفت الى انكار الأب أو الشاهدين ، لأن الحق للزوجين ، ولا حق للأب ولا للشاهدين في ذلك ، فهو كما لو قال رجل باع وكيلي داري من فلان وادعاه المشتري وأنكر الوكيل لم يلتفت الى انكاره فكذلك هذا مثله

قال القاضي أبو الطيب هذا على قول الشافعي رحمه الله الجديد أن النكاح ثبت بتصادق الزوجين ، وهو المشهور وأما على القول القديم فانه لا يثبت بتصادقهما الا ان كانا عربيين

(فرع) وان كانت المراد نكاحها مجنونة فان كان وليها أباً أو جدها فزوجها

على أى صفة كانت ، صغيرة أو كبيرة ، بكرأ أو ثيبأ لأنها يملكان إجبارها على النكاح ، وإنما لم يحز لهما تزويج الثيب الصغيرة العاقلة لأنه يرجى لها أن تبلغ وتأذن ، ولم يحز لهما تزويج الثيب البالغة إلا بإذنها لأنها من أهل الإذن والمجنونة ليست من أهل الإذن ولا يرجى لها حال تصير فيه من أهل الإذن ، وإن كان وليها غير الأب والجد من العصبات لم يملك تزويجها ، لأن تزويجها إجبار وهم لا يملكون إجبارها على النكاح .

وإن كان وليها الحاكم قال الشيخ أبو حامد : بأن لا يكون لها ولي مناسب ، أو كان لها ولي مناسب غير الأب والجد فإنه لا ولاية لهم عليها في هذه الحالة ، وتنتقل الولاية إلى الحاكم ، فإن كانت صغيرة لم يحز للحاكم تزويجها لأنها لا حاجة بها إلى التزوج في هذه الحال . وإن كانت كبيرة جاز له تزويجها لأن لها في ذلك حظاً لأنها تحتاج إليه للعفة وبكسبها غنى ، وربما كان لها فيه شفاء ، والفرق بين الحاكم وبين غير الأب والجد من العصبات أنه يزوجهما حكماً ، وبهذا يجوز له التصرف في مالها ، والعصبات غير الأب والجد يزوجهما بالولاية ولا ولاية لهم عليها ، هذا نقل أصحابنا البغداديين

وقال الخراسانيون : المجنونة المطبقة إن كانت بكرأ فالأب والجد تزويجها ، صغيرة كانت أو كبيرة ، وإن كانت ثيبأ ، فإن بلغت مجنونة فاهما ذلك ، وإن بلغت عاقلة فهل لهما تزويجها؟ فيه وجهان بناء على أنه هل تعود ولاية المال لهما؟ وفيه وجهان . وإن كانت صغيرة ثيبأ فوجهان ، وإن كان جنونها غير مطبق وهي ثيب فهل لهما تزويجها في يوم الجنون؟ على وجهين ، وأما غير الأب والجد من العصبات فليس له تزويجها بحال ، وللحاكم أن يزوجهما إذا كانت بالغة ، وهل يستأذن الحاكم غيره من العصبات؟ فيه وجهان

وأما إذا كان المراد تزويجها أمة فعلى ما ذكر المصنف . والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن كان ولي المرأة ممن يجوز له أن يتزوجها كبن عم ، والمولى الممتق ، لم يحز أن يزوجهما من نفسه : فيكون موجباً قابلاً لأنه يملك الإيجاب

بالاذن فلم يجوز أن يملك شطرى العقد كالوكيل في البيع ، فإن أراد أن يتزوجها ، فإن كان هناك من يشاركه في الولاية زوجها منه ، وإن لم يكن من يشاركه في الولاية زوجها الحاكم منه ، وإن أراد الامام أن يتزوج امرأة لا ولي لها غيره ففیه وجهان .

(أحدهما) أن له أن يتزوجها من نفسه ، لأنه إذا فوض الى غيره كان غيره وكيلًا ، والوكيل قائم مقامه فيكان إيجابه كإيجابه

(والثاني) يرفعه الى حاكم ليتزوجها منه ، لأن الحاكم يتزوج بولاية الحاكم فيصير كما لو زوجها منه ولي ، ويخالف الوكيل لأنه يتزوجها بوكالته ، ولهذا يملك عزله اذا شاء ، ولا يملك عزل الحاكم من غير سبب . واذا مات انعزل الوكيل ولا ينعزل الحاكم . وان كان لرجل ابن ابن وبنت ابن وهما صغيران فزوج بنت الابن بابن الابن . ففيه وجهان

(أحدهما) لا يجوز ، وهو قول أبي العباس ابن الفاص ، لما روت عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح . خاطب وولي وشاهدان ،

(والثاني) وهو قول أبي بكر بن الحداد المصري أنه يجوز كما يجوز أن يلى شطرى العقد في بيع ماله من ابنه ، فعلى هذا يحتاج أن يقول زوجت بنت ابني بابن ابني ، وهل يحتاج الى القبول . فيه وجهان

(أحدهما) يحتاج الى القبول ، وهو أن يقول بعد الإيجاب وقبلت نكاحها له وهو قول أبي بكر بن الحداد ، لأنه يتولى ذلك بولائتين فقام فيه مقام الاثنين . (والثاني) لا يحتاج الى لفظ القبول ، وهو قول أبي بكر القفال ، لأنه قائم مقام اثنين فقام لفظه مقام لفظين .

(فصل) وان وكل الولي رجلا في التزويج فهل يلزمه أن يعين الزوج فيه قولان أحدهما لا يلزمه لأن من ملك التوكيل في عقد لم يلزمه تعيين من يعقد معه كالموكل في البيع . والثاني يلزمه لأن الولي إنما جعل اليه اختيار الزوج ليكامل شففته ولا يوجد كمال الشفقة في الوكيل فلم يجعل اختيار الزوج اليه

(الشرح) حديث عائشة أخرجه الدارقطني بلفظ: «لا بد في النكاح من أربعة، الولي والزوج والشاهدين، وفي إسناده أبو الخصب نافع بن ميسرة مجهول وروى نحوه البيهقي في الخلافيات عن ابن عباس موقوفاً وصححه، وابن أبي شيبة بنحوه أيضاً، وعن أنس أشار إليه الترمذي، وأخرج الدارقطني رواية أخرى عن عائشة بلفظ: «قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل فان تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له»، وقد أخرجه أيضاً البيهقي من طريق محمد بن أحمد بن الحجاج الرقي عن عيسى بن يونس عن الزهري عن عروة عن عائشة كذلك وقد توبع الرقي عن عيسى، ورواه سعيد بن خالد بن عبد الله ابن عمرو بن عثمان، ويزيد بن سنان، ونوح بن دراج، وعبد الله بن حكيم عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة كذلك، وقد ضعف ابن معين ذلك كله، وأقره البيهقي، وقد تقدم في فصل لا نكاح إلا بولي طرف منه، ويؤيد هذا الحديث ما رواه الترمذي عن ابن عباس «أن النبي (ص) قال: البغايا اللاتي يذبحن أنفسهن بغير بيعة».

وذكر الترمذي أنه لم يرفعه غير عبد الأعلى وأنه قد وقفه مرة وأن الوقف أصح، وهذا لا يقدح لأن عبد الأعلى ثقة فيقبل رفعه وزيادته، وقد يرفع الراوي الحديث وقد يقفه، وقال الترمذي: هذا الحديث غير محفوظ لا نعلم أحداً رفعه إلا ما روى عن عبد الأعلى عن سعيد عن قتادة مرفوعاً.

وروى عن عبد الأعلى عن سعيد هذا الحديث موقوفاً، والصحيح ما روى ابن عباس «لا نكاح إلا ببينة»، ويؤيده حديث عمران بن الحصين عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل»، ذكره أحمد بن حنبل في رواية ابنه عبد الله. وقد أشار إليه الترمذي، وأخرجه الدارقطني والبيهقي في العمل من حديث الحسن عنه، وفي إسناده عبد الله بن محرز وهو متروك. ورواه الشافعي من وجه آخر عن الحسن مرسلاً. وقال: هذا، وإن كان منقطعاً فإن أكثر أهل العلم يقولون به.

وقد روى الشافعي والبيهقي من طريق ابن خيثم عن سعيد بن جبير عن

ابن عباس موقوفاً بلفظ. لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل ، وقال البيهقي بعد أن رواه من طريق أخرى عن أبي خيثم بسنده مرفوعاً بلفظ. لا نكاح إلا بإذن ولي مرشد أو سلطان ، قال : والمحفوظ الموقوف ، ثم رواه من طريق الثوري عن أبي خيثم ، ومن طريق عدي بن الفضل عن أبي خيثم بسنده مرفوعاً بلفظ. لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل ، فإن نكحها ولي مستخوط عليه فنكاحها باطل ، وعدي بن الفضل ضعيف . وعن أبي هريرة مرفوعاً وموقوفاً عند البيهقي بلفظ. لا نكاح إلا بأربعة خاتب وولي وشاهدين ، وفي إسناده المغيرة بن موسى البصري قال البخاري : منكر الحديث .

وهذه الأحاديث تفيد شرطية الأشهاد في النكاح ، وهو قول علي وعمر وابن عباس والعترة والشعبي وابن المسيب والأوزاعي والشافعي وأبو حنيفة وأحمد بن حنبل .

قال الترمذي : والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وغيرهم قالوا لا نكاح إلا بشهود ، لم يختلفوا في ذلك من مضي منهم إلا قوم من المناخرين من أهل العلم ، وإنما اختلف أهل العلم في هذا إذا شهد واحد بعد واحد ، فقال أكثر أهل العلم من الكوفة وغيرهم ، لا يجوز النكاح حتى يشهد الشاهدان معاً عند عقدة النكاح .

وقد روى بعض أهل المدينة إذا شهد واحد بعد واحد فإنه جائز إذا أعانوا ذلك وهو قول مالك بن أنس وغيره . وقال بعض أهل العلم : يجوز شهادة رجل وامرأتين في النكاح ، وهو قول أحمد وإسحاق . انتهى كلام الترمذي

وحكى عن ابن عمر وابن الزبير وعبد الرحمن بن مهدي وداود بن علي أنه لا يعتبر الأشهاد ، وحكى أيضاً عن مالك أنه يكفي الإعلان بالنكاح ، والحق ما ذهب إليه الأولون لأن الأحاديث التي سقناها تؤكد بعضها بعضها .

(أما أحكام الفصل) فإنه إذا أراد الرجل أن يتزوج امرأة بلى عليها امر النكاح من نفسه كابن العم والمعتقة أو وكل الولي رجلاً يزوجه وليته فيزوجها الوكيل من نفسه لم يصح .

وقال ربيعة ومالك والثوري وأبو حنيفة وأصحابه : يصح ، دليلنا ما روت عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم : لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل فان أشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له .

وحديث أبي هريرة : لا نكاح إلا بأربعة خاطب وولي وشاهدان ، وهذا لم يحضره الا ثلاثة ، وشرط أن يكون ولي وخطب ولم يوجد ذلك ، ولأنه لو وكل وكيلاً لبيع له سلعة لم يجز للوكيل أن يبتاعها من نفسه ، فكذلك هذا مثله ، وقد وافقنا أبو حنيفة على البيع ، وخالفنا مالك فيه وقد مضى في البيع . اذا ثبت هذا : فأراد ابن العم أن يتزوجها فان كان هناك ولي لها في درجته تزوجها منه ، وان لم يكن هناك ولي في درجته بل كان أبعد منه أو لا ولي لها تزوجها من السلطان لأنها تصير في حقه بمنزلة من لا ولي لها فيتزوجها من السلطان .

(فرع) اذا أراد الحاكم أن يتزوج امرأة لا ولي لها فانه يتزوجها من الإمام قال ابن الصباغ : أو يرد ذلك الى من يزوجه اياها ويتولى طرفي العقد لانه اذا تزوجها من الحاكم فهو قائم من جهته فصح أن يتولى ذلك . والثاني : لا يصح أن يتولى العقد بنفسه بل يتزوجها الحاكم لأن الحاكم ليس بوكيل له ، وإنما هو نائب عن المسلمين ، ولهذا لا يملك الإمام عزله من غير سبب .

(فرع) وان أراد الجد أن يزوج ابنة الصغير بابنة ابن له آخر ففيه وجهان أحدهما : لا يصح ، وهو اختيار ابن القاص لقوله صلى الله عليه وسلم : لا نكاح الا بولي وخطب وشاهدي عدل ، والثاني : يصح ، وهو اختيار ابن الحداد والقاضي أبي الطيب لانه يملك طرفي العقد بغير تولية فجاز أن يتولاه هما كببيع مال الصغير من نفسه ، وأما الخبر فمحمول اذا كان الولي غير الخاطب فعلى هذا لا تصح الولاية الا بشروط .

(أحدهما) اذا كان أبواهما ميتين أو قاسقين أو أحدهما ميتاً والآخر قاسقاً لانه لا ولاية للجد الرشيد عليهما مع ثبوت ولاية الابوين عليهما .
(الشرط الثاني) أن يكون ابن الابن صغيراً أو مجنوناً .
(الثالث) أن تكون الابنة بكرأ فأما اذا كانت ثيباً فلا يملك تزويجها بحال

الا باذنها ، وقد اشترط ابن الحداد أن تكون صغيرة ، وليس بصحيح لان الجد يملك اجبارها على النكاح اذا كانت بكراً بكل حال الا أن تكون الابنة مجنونة فيملك الجد اجبارها على النكاح بكل حال .

اذا ثبت هذا : فان الجد يقول زوجت فلانة بفلان أو فلاناً بفلانة ، وهل يفتقر الى لفظ القبول ؟ وهو أن يقول : وقبلت نكاح فلانة لفلان ؟ فيه وجهان من أصحابنا من قال : لا يفتقر الى ذلك لان الايجاب يتضمن القبول ، وهو قول ابن الحداد ، وهو المشهور ، لأن كل عقد افتقر الى الايجاب افتقر الى القبول كما لو كان بين شخصين .

(فرع) وان تزوج الولي وليته من ابنه الكبير صح لأنه هو الذي يوجب النكاح على المرأة وبقبله لابنه ، والشخص الواحد لا يجوز أن يكون قابلاً موجباً في النكاح .

(فرع) قال الشافعي رضى الله عنه : وكيل الولي يقوم مقامه ، وجملة ذلك أن الولي اذا كان ممن يملك اجبار المرأة على النكاح فله ان يوكل من يزوجهما بغير اذنها كما يجوز ان يعقد عليهما بنفسه بغير اذنها ، فان وكل في تزويجهما من رجل بعينه صح ، وان قال الوكيل وكذلك في تزويجهما وأطلق فهل يصح ؟ حكى الشيخان ابو حامد وابو اسحاق فيها قولين ، وحكماهما ابن الصباغ والمسعودي وجهان .
احدهما : يصح ، لان من جاز ان يوكل وكالة معينه جاز ان يوكل وكالة مطلقة كالوكالة في البيع .

والثاني : لا يصح هذا التوكيل لأن الولي انما فوض اليه اختيار الزوج لكمال شفقه وهذا لا يوجد في الوكيل ، وان كان الولي لا يملك التزويج الا باذنها ، فان اذنت له في التزويج والتوكيل صح توكيله ، وان اذنت في التزويج لا غير فهل يملك التوكيل ؟ فيه وجهان مضى ذكرهما في الوكالة .

(فرع) اذا كان الولي لا يملك ان يعقد على المرأة الا باذنها ، فان اذنت له ان يزوجهما من رجل معين صح ، وان اذنت أن يزوجهما مطلقاً قال الشيخ ابو حامد : يصح ذلك قولاً واحداً لكمال شفقه .

وقال الطبري في العدة : هو كالوكيل اذا وكله الولي في التزويج وأطلق على

ما مضى ، ويجوز المرأة أن بأذن أوليائها بلفظ الإذن ، ويجوز بلفظ الوكالة نص عليه الشافعي رضي الله عنه لأن المعنى فيهما واحد ، وإن أذنت لوليها أن يزوجهما ثم رجعت لم يصح تزويجها كالموكل إذا عزل وكيله ، فإن زوجها الولي بعد العزل وقبل أن يعلم به فهل يصح ، فيه وجهان مأخوذان من القوانين إذا باع بعد العزل وقبل العلم به ، والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يجوز للولي أن يزوجه المنكوحة من غير كفء إلا برضاها ورضى سائر الأولياء ، لما روت عائشة رضي الله عنها قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : تخيروا لنطفكم ، فانكحوا الأكفاء وانكحوا إليهم ، ولأن في ذلك إلحاق عار بها وبسائر الأولياء فلم يجوز من غير رضاهم .

(فصل) وإن دعت المنكوحة إلى غير كفء لم يلزم الولي تزويجها لأنه يلحقه العار ، فإن رضيا جميعاً جاز تزويجها لما روت فاطمة بنت قيس قالت : أتيت النبي صلى الله عليه وسلم فأخبرته أن أبا الجهم يخطبني ومعاوية ، فقال : أما أبو الجهم فأخاف عليك عصاه وأما معاوية فشباب من شباب قريش لا شيء له ولكنني أدلك على من هو خير لك منهما ، قلت : من يا رسول الله ، قال : أسامة ، قلت : أسامة ، قال : نعم أسامة فتزوجت أبا زيد فبورك لأبي زيد في وبورك لي في أبي زيد ، وقال عبد الرحمن بن مهدى ، أسامة من الموالى وفاطمة قرشية ، ولأن النكاح من نكاح غير المكفء لحقهما ، فإذا رضيا زال المنع ، فإن زوجت المرأة من غير كفء من غير رضاها أو من غير رضا سائر الأولياء ، فقد قال في الأم النكاح باطل .

وقال في الاملاء كان للباقيين الرد ، وهذا يدل على أنه صحيح ، فمن أصحابنا من قال فيه قولان (أحدهما) أنه باطل لأنه عقد في حق غيره من غير إذن فباطل كما لو باع مال غيره بغير إذنه (والثاني) أنه صحيح ويثبت فيه الخيار : لأن النقص يوجب الخيار دون البطلان ، كما لو اشترى شيئاً معيباً .

ومنهم من قال : العقد باطل قولاً واحداً لما ذكرناه ، وتناول قوله في الاملاء

على أنه أراد بالرد المنع من العقد، ومنهم من قال إن عقد وهو يعلم أنه ليس بكف .
بطل العقد ، كما لو اشترى الوكيل سلعة وهو يعلم بعيبها ؛ وإن لم يعلم صح العقد
وثبت الخيار ، كما لو اشترى الوكيل سلعة ولم يعلم بعيبها ، وحمل القولين على
هذين الحالين .

(الشرح) حديث عائشة أورده السيوطي في الجامع الصغير مرموزاً له بابن
ماجه والبيهقي والحاكم ، كما أورد ما أخرجه ابن عدي في الكامل وعبد الرزاق
وابن عساكر عن عائشة بلفظ : « تخيروا لنطفكم فإن النساء يلدن أشباه إخوانهن
وأخواتهن » وقد ضعفه السيوطي . وأخرج أبو نعيم في حلية الأولياء عن أنس
« تخيروا لنطفكم واجتنبوا هذا السواد فإنه لون مشوه »

وقد رد الذهبي حديث عائشة بأن الحارث بن عمران الجعفي عن هشام عن
أبيه عن عائشة مرفوعاً « تخيروا لنطفكم وانكحوا الأكفاء » تابعه عكرمة بن
إبراهيم بأن الحارث كان يضع الحديث ، قال ابن حبان : كان يضع الحديث على
الثقات . وكذلك عكرمة عن هشام ضعيف أيضاً . وقال ابن حجر : مداره على
أناس ضعفاء أمثلهم صالح بن موسى الطلمحي والحارث الجعفي . وقال في الفتح
رواه أبو نعيم وابن ماجه والحاكم وصححه من حديث عمر أيضاً وفي إسناده مقال
ويقوى أحد الاسنادين الآخر . وقال ابن الديبع الشيباني في تمييز الطيب من
الخبث : مداره على أناس ضعفاء وكل طريقه ضعيفه

وحديث عائشة « تخيروا لنطفكم فإن النساء يلدن الخ » الذي ساقناه . قال
ابن الجوزي : حديث لا يصح فيه عيسى بن ميمون . قال ابن حبان منكر الحديث
لا يحتج بروايته . وقال الخطيب : حديث غريب وكل طريقه واهية . وقال
السخاوي هو ضعيف ، وبالجملة كل ما ورد من طرق هذا الحديث على مختلف
صوره وطرقه وأماظه ليس فيها صحيح .

أما حديث فاطمة بنت قيس فقد أخرجه أحمد ومسلم وأصحاب السنن الأربعة
بلفظ « أن زوجها طلقها ثلاثاً فلم يجعل لها رسول الله صلى الله عليه وسلم سكنى
ولا نفقة » قالت : وقال لي رسول الله إذا حلت فآذني ، فآذنته فخطبها معاوية

وأبوجهم وأسامة بن زيد ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أما معاوية فرجل
ترب لا مال له . وأما أبوجهم فرجل ضراب للنساء ، ولكن أسامة ؛ فقالت
بيدها هكذا أسامة أسامة ؟ فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : طاعة الله
وطاعة رسوله . قالت فتزوجته فاغتبطت ،

وقد اختلف في معاوية هذا فقيل هو ابن أبي سفيان بن حرب وقيل غيره .
وفي صحيح مسلم النصريح بأنه هو . وقوله : فرجل ضراب . وفي روايه : لا يضع
عصاه عن عاتقه ، وهو كناية عن كثرة ضربه للنساء . وقال أبو عبيد في قوله
صلى الله عليه وسلم : أنفق على أهك ولا ترفع عصاك عنهم ؛ لم يرد العصا التي
يضرب بها ولا أمر أحداً بذلك ، وإنما أراد يمنعهما من الفساد ، يقال للرجل إذا
كان رفيقاً حسن السياسة لين العصا . وقيل السفر . كنى بالعصا عنه قال الشاعر :
فألفت عصاها واستقر بها النوى

وقيل كما أفاده ابن بطال كنى به عن كثرة الجماع وليس بشيء . قال الأزهري
معناه أنه شديد على أهله خشن الجانب في معاشرتهم . مستقصر عليهم في باب الغيرة
أما الأحكام فقد ذكرنا أن للزوج أن يوكل من يتزوج له ، لأن النبي (ص)
وكل عمرو بن أمية الضمري أن يتزوج له أم حبيبه رضى الله عنها بنت أبي سفيان
من ابن عمها من أرض الحبشة ، ووكل أبارافع في تزويج ميمونه ، فان وكله أن
يتزوج له امرأة بعينها صح ، فان وكله أن يتزوج له من شاء ، ففيه وجهان . مضى
ذكرهما في الوكالة ، قال أبو العباس بن سريج وأبو عبد الله الزبيرى لا يجوز ،
لأن الأغراض تخلف في ذلك . قال القاضي أبو حامد المروروذى يجوز ، وإليه
ذهب الصيمرى فإنه قال ، لو وكله أن يتزوج امرأة من العرب فتزوجه امرأة من
قريش جاز ، ولو وكله أن يتزوج امرأة من قريش فتزوجه امرأة من العرب لم
يصح ، ولو وكله أن يتزوج امرأة من الأنصار فتزوجه امرأة من الأوس أو
الخزرج من بنات الأنصار جاز ، ولو وكله أن يتزوج امرأة من الأوس فتزوجه
امرأة من الخزرج لم يجوز ، ولو وكله أن يتزوج امرأة بعينها فتزوجها الموكل لنفسه
ثم طلقها قبل الدخول أو بعد الدخول وانقضت عدتها ثم تزوجها الوكيل للوكل

قال الصيمري لم يصح ، لأن وكالته قد بطلت لما تزوجها الموكل لنفسه ، فإن وكله أن يتزوج امرأة بمائة فتزوجها له بخمسين صح ، فإن تزوجها له بأكثر من مائة قال الصيمري : فقد قال شيخ من أصحابنا : يبطل النكاح ، والصحيح أنه يصح ولها مهر مثلها .

(فرع) فإن جاء رجل وادعى أن فلاناً وكله أن يتزوج له امرأة فتزوجها له وضمن عنه المهر ثم أنكر الموكل الوكالة ولا بينة فالقول قوله مع يمينه ، فإذا حلف لم يلزمه النكاح ، ولا يقع النكاح للوكيل بخلاف وكيل الشراء ، لأن الغرض من النكاح أعيان الزوجين فلا يقع بغير من عقد له ، وترجع الزوجة على الوكيل بنصف المهر . وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف ، لأنها تدعى وجوبه على الزوج والوكيل ضامن به وهو مقر به .

وقال محمد بن الحسن يرجع على الوكيل بجميع الصداق ، لأن الفرقه لم تقع في الباطن بإنكاره ، وهذا ليس بشيء ، لأنه يملك الطلاق ، فإذا أنكر النكاح فقد أقر بتحريمها عليه ، فصار بمنزلة إيقاعه للطلاق ، ولو مات الزوج قبل المصادقة على النكاح لم ترث هذه الزوجة إلا أن يصدقها سائر ورثته على التوكيل أو يقدم لها بينة على ذلك ، ولو غاب رجل عن امرأته فجاءها رجل فذكر أن زوجها طلقها طلاقاً باناً به منه بدون الثلاث وأنه وكله في استئناف عقد النكاح عليها بالالف فقد عليها النكاح بالالف وضمن لها الوكيل الآلف ثم قدم الزوج فأنكر ذلك فالقول قوله مع يمينه ، فإذا حلف فهل للزوجة أن ترجع على الوكيل بالآلف فيه وجهان :

قال الساجي والفاضل أبو الطيب : لا ترجع عليه بشيء ، وبه قال أبو حنيفة لأن الضامن فرع على المضمون عنه ، فإذا لم يلزم المضمون عنه شيء لم يلزم الضامن (والثاني) يرجع عليه بالآلف . قال الشيخ أبو حامد : وقد نصر عليه الشافعي رحمه الله في الإملاء — وهو الأصح — لأن الوكيل مقر بوجوبها عليه كما قلنا في التي قبلها ، والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) والكفاة في الدين والنسب والحرية والصنعة ، فأما الدين فهو معتبر ، قاله فاسق ليس بكف . للعفيفة ، لما روى أبو حاتم المازني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه ، إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد عريض » ، وأما النسب فهو معتبر ، قاله جهمي ليس بكف . للأمريه ، لما روى عن سلمان رضي الله عنه أنه قال : لا تؤمكم في صلاتكم ، ولا تنكح نساءكم ، وغير القرشي ليس بكف . للقرشي لقوله صلى الله عليه وسلم : « قدموا قريشاً ولا تنقدموها ، وهل تكون قريش كلها أكفاء ؟ فيه وجهان . (أحدهما) أن الجميع أكفاء ، كما أن الجميع في الخلافة أكفاء . (والثاني) أنهم يتفاضلون ، فعلى هذا غير الهاشمي والمطلبي ليس بكف . للهاشمي والمطلبية ، لما روى واثقه بن الاسقع أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « إن الله اصطفى كنانة من بنى إسماعيل واصطفى من كنانة قريشاً ، واصطفى من قريش بنى هاشم واصطفاني من بنى هاشم » ،

وأما بنو هاشم وبنو المطلب فبهم أكفاء ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم سوى بينهم في الخمس ، وقال : « إن بنى هاشم وبنى عبد المطلب شيء واحد » ، وأما الحرية فهي معتبرة ، فالعبد ليس بكف . للحرية ، لقوله تعالى : « ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء ، ومن رزقناه منا رزقاً حسناً فهو ينفق منه سراً وجهرأ ، هل يستوون ؟ » ، ولأن الحرية بالحق العار بكونها تحت عبد . وأما الصنعة فهي معتبرة فالخائك ليس بكف . للبراز ، والحجام ليس بكف . للخراز ، لأن الحياكة والحجامه يسترذل أصحابها .

واختلف أصحابنا في اليسار فمنهم من قال يعتبر ، قاله فقير ليس بكف . الموسرة لما روى سمرة قال ، قال رسول الله (ص) الحسب المال والكرم التقوى ، ولأن نفقه الفقير دون نفقه الموسر ، ومنهم من قال لا يعتبر لأن المال يروح ويغدو ولا يفتخر به ذوو المروءات . ولهذا قال الشاعر

غنيماً زماناً بالتصعلك والغنى وكلا سقائنا بكأسيهما الدهر
فما زادنا بغيا على ذي قرابه غنانا ولا أزرى بأحسابنا الفقر

(الشرح) حديث أبي حاتم المزني رواه الترمذي بلفظ : إن أتاكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه ، إلا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير ، قالوا : يا رسول الله وإن كان فيه ، قال : إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه ، ثلاث مرات ، قال الترمذي : هذا حديث حسن غريب . ونقل المناوي عن البخاري أنه لم يعهده محفوظا ، وعنده أبو داود في المراسيل ، وأعله ابن القطان بالإرسال ، وضعف راويه ، وأبو حاتم المزني له صحة ، ولا يعرف له عز النبي صلى الله عليه وسلم غير هذا الحديث ،

وقد أخرج الترمذي أيضا هذا الحديث من حديث أبي هريرة وألفظه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إذا خطب اليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد عريض ، ومن ثم ندرك أن المصنف أخطأ في عزو لفظ رواية أبي هريرة إلى عائشة .

وقال المناوي : قد خولت عبد الحميد بن سليمان في هذا الحديث ، ورواه الليث بن سعد عن أبي عجلان عن النبي صلى الله عليه وسلم .

قال البخاري : وحديث الليث أشبه ، ولم يعهده عبد الحميد محفوظا . وعن ابن عمر عند الحاكم أنه صلى الله عليه وسلم قال : العرب أكفأ بعضهم لبعض ، قبيلة لقبيلة ، وحى لحى ، ورجل لرجل ، إلا حائك أو حجام ، وفي استاده رجل مجهول وهو راويه عن ابن جريج ، وقد سأل ابن أبي حاتم أباه عن هذا الحديث فقال : هذا كذب لا أصل له ، وقال في موضع آخر باطل . ورواه ابن عبد البر في التمهيد من طريق أخرى عنه . قال الدارقطني في العمل لا يصح اهـ .

وله طريق آخر عن غير ابن عمر رواها البزار في مسنده من حديث معاذ رفعه ، العرب بعضها لبعض أكفأ ، وفيه سليمان بن أبي الجون . قال ابن القطان لا يعرف ثم هو من رواية خالد بن معدان عن معاذ ولم يسمع منه ، وفي المفق عليه من حديث أبي هريرة : خياركم في الجاهلية خياركم في الإسلام إذا فقهوا ، وأما قول سلمان فقد مضى الإشارة إليه في الإمامة ، ولعل أبا حنيفة حين قال قريش أكفأ بعضهم بعضا العرب كذلك وليس أحد من العرب كفؤا لقريش كما ليس

أحد من غير العرب كفواً للعرب ، كان متأثراً بقول سلمان هذا . وقال الثوري :
إذا نكح المولى العربية يفسخ النكاح ، وبه قال أحمد في رواية .
وقال الشافعي : ليس نكاح غير الألفاء حراماً فأرد به النكاح ، وإنما هو
تفسير بالمرأة والأولياء ، فإذا رضوا صح ويكون حقاً لهم تركوه ، فلو رضوا
الأحداء فله فسخه . قال : ولم يثبت في اعتبار الكفاءة بالنسب من حديث ،
وأما ما أخرجه البزار من حديث معاذ رفعه ، العرب بعضهم ألفاء بعض والموالي
بعضهم ألفاء بعض ، فإسناده ضعيف ، واحتج البيهقي بحديث : أن الله اصطفى
بنى كنانة من بنى اسماعيل أخ الحديث ، الذي ساقه المصنف في هذا الفصل وهو
صحيح أخرجه مسلم لكن في الاحتجاج به لذلك نظر ، وقد ضم إليه بعضهم حديث
: قدموا قريشاً ولا تقدموها .

ونقل ابن المنذر عن البويطى أن الشافعي قال : الكفاءة في الدين ، وهو
كذلك في مختصر البويطى . قال الرافعي : وهو خلاف مشهور . قال في الفتح :
واعتبار الكفاءة في الدين متفق عليه ، فلا تحل المسلمة الكافر .

قال الخطابي : ان الكفاءة معتبرة في قول أكثر العلماء بأربعة أشياء . الدين
والحرية ، والنسب ، والصناعة : ومنهم من اعتبر السلامة من العيوب ؛ واعتبر
بعضهم اليسار . ويدل على ذلك ما أخرجه أحمد والنسائي وصححه ابن حبان
والحاكم من حديث بريدة رفعه ، أن أحساب أهل الدنيا الذين يذهبون إليه المال ،
وما أخرجه أحمد والترمذي وصححه هو والحاكم من حديث سمرة رفعه ، الحسب
المال والكرم التقوى ، وقد ساقه المصنف في الفصل . قال ابن حجر . يحتمل أن
يكون المراد أنه حسب من لا حسب له فيقوم النسب الشريف لصاحبه مقام
الأول لمن لا نسب له .

(الأحكام) ليس للمولى أن يزوج المرأة من غير كفؤ إلا برضاها ورضا سائر
الأولياء . لحديث عائشة ، ولان في ذلك الحاق عار بها وسائر الأولياء فلم يجز من
غير رضاهم قال الشيخ أبو حامد . والأولياء الذين يعتبر رضاهم في نكاح المرأة
من غير كفؤ هو كل من كان ولياً للعقد حال التزويج ، فأما من يجوز أن تنتقل إليه

الولاية فلا يعتبر رضاه ، فإن دعت المرأة أولياءها أن يزوجوها من غير كفؤ
فامتنعوا لم يجبروا على ذلك ، ولا ينوب الحاكم منهاهم في تزويجها لحديث عائشة
« فأنكحوا إلا كفاء وأنكحوا اليهم » .

قال العزيزي في شرح الجامع الصغير : يحتمل أن المراد تزوجوا الخيرات
واضموها اليهن فالهمزة همزة وصل في الفعلين وأطلق ضمير المذكر على المؤنث ،
وفيه رد على من لم يشترط الكفاءة .

وقال الشيخ الحنفى في شرحه على الجامع الصغير : أى تزوجوا النساء المكافئات
لكم من النساء ، وأنكحوا اليهم أى ميلوا اليهم من قولنا تناكحت الأشجار إذا
مال بعضها على بعض ، وقد استعير ضمير الذكور للإناث في قوله اليهم ، ولو كان
المراد من الثانى ، وزوجوا بناتكم إلا كفاء لقال : وأنكحوهن ولم يقل اليهم فهو
بوصل الهمزة في الموضعين لا يقطعها فى الثانى .

(قلت) لم يجبروا على تزويجها ولا ينوب الحاكم منهاهم فى تزويجها ولما روى
عن على أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : ثلاثة لا يؤخرن : الصلاة إذا أتت ،
والجنازة إذا حضرت ، والأيم إذا وجدت كفؤاً ، رواه الترمذى ، فدل على أنها
إذا وجدت غير كفؤ جاز أن تؤخر ، وإن دعت المرأة الولى أن يزوجها من كفؤ
بأقل من مهر مثلها وجب عليه إجابتها ، فإن زوجها وإلا زوجها الحاكم ، فإن
كان لها أولياء فزوجها أحدهم بأقل من مهر مثلها ، أو زوجها واحد منهم بذلك
الزموا الزوج مهر مثلها ولم يكن لهم فسخ النكاح .

دلينا ما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : من استحل بدرهمين فقد
استحل ، ولأن كل من لا يملك الاعتراض عليها فى جنس المهر لم يكن له
الاعتراض عليها فى قدره كأباعد الأولياء والأجانب ، ولأن المهر حق لها ولا طار
عليهم بذلك فلم يكن لهم الاعتراض عليها .

(فرع) فإن زوجت المرأة من غير كفؤ برضاها ورضى سائر الأولياء صح
النكاح ، وبه قال مالك وأبو حنيفة وأكثر أهل العلم . وقال سفيان وأحمد
وعبد الملك بن الماجشون : لا يصح .

دليلنا : ما روى أن فاطمة بنت قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله إن معاوية وأبا الجهم خطباني على حد الرواية التي ساقها المصنف أو على - في الرواية التي أخرجها أكثر الجماعة بإشراك أسامة في خطبتهما ثم اختار النبي (ص) أسامة لها لخلوه من عمليته معاوية وقسوة أبي الجهم مع أنه كان من الموالى ، قالت فزوجت أبا زيد ، وفاطمة قرشية وأسامة مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم .

وروى أبو هريرة رضي الله عنه قال : حجج أبو هند رسول الله صلى الله عليه وسلم في اليا فوخ ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم يا بني بياضة أنكحوا أبا هند وأنكحوا إليه ، رواه أبو داود والحاكم وحسنه ابن حجر في التلخيص فندبهم إلى التزوج من حجام وليس بكفو لهم .

وروى أن بلالاً رضي الله عنه تزوج بهالة بنت عوف أخت عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنهم ، وقيل : بل هو حذيفة ، روى الدارقطني عن حنظلة بن أبي سفيان الجمحي عن أمه قالت رأيت أخت عبد الرحمن بن عوف تحت بلال .

وروى أن سلمان الفارسي خطب إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنهما ابنته فأنعم له عمر رضي الله عنه فذكره ذلك عبد الله بن عمر ، فلقى عمرو بن العاص فأخبره بذلك فقال أنا أ كفيك هذا فلقى سلمان فقال له عمرو : هنيئاً لك فقال بماذا ؟ فقال : تواضع لك أمير المؤمنين ، فقال سلمان : المثل يتواضع ؟ والله لا تزوجنها أبداً . وعن عائشة أن أبا حذيفة بن عتبة بن ربيعة بن عبد شمس ، وكان ممن شهد بدرأ مع النبي صلى الله عليه وسلم تبنى سالماً وأنكحه ابنة أخيه الوليد ابن عتبة بن ربيعة وهو مولى امرأة من الأنصار .

(فرع) فإن زوج الأب أو الجد البكر من غير كفؤ بغير رضاها أو زوجها أحد الأولياء بغير كفؤ برضاها من غير رضا سائر الأولياء ، فقد قال الشافعي النكاح باطل . وقال في موضع كان للباقيين الرد ، وهذا يدل على أنه وقع صحيحاً واختلاف أصحابنا فيها على ثلاث طرق ، فمنهم من قال فيها قولان ، وهو اختيار الشيخ أبو حامد .

(أحدهما) أن النكاح صحيح ويثبت لها ولسائر الأولياء الخيار في فسخه ، لأن

النقص دخل عليها ، وحصول النقص لا يمنع صحة العقد ، وإنما يثبت الخيار كما لو اشترى موكاه شيئاً معيباً .

(والثاني) أن العقد لا يصح ، لأن العاقد تصرف في حق غيره ، فإذا فرط بطل العقد ، كما لو باع الوكيل بأقل من ثمن المثل . ومنهم من قال : العقد باطل قولاً واحداً ، وحيث قال : كان للباقيين الرد ، أى المنع من العقد ، ومنهم من قال : هي على حالين ، فحيث قال : يبطل العقد أراد إذا عقد وهو يعلم أنه ليس بكفو ؛ وحيث قال : لا يبطل العقد أراد إذا عقد ولم يعلم أنه غير كفو ، كما قلنا في الوكيل إذا اشترى شيئاً معيباً يعلم بعيبه لم يصح في حق الموكل ، وإن اشتراه وهو لا يعلم بعيبه صح في حق موكله ، هذا مذهبنا . وقال أبو حنيفة : إذا زوجها أحد الأولياء بغير كفو برضاها لم يكن للباقيين في ذلك اعتراض . دليلنا : أن رضا جميعهم معتبر فلم يسقط برضا بعضهم .

(فرع) وإن دعت المرأة وليها إلى تزويجها برجل وزعمت أنه كفو لها فقال الولي : ليس بكفو لها رفع ذلك إلى الحاكم ونظر فيه . فإن كان كفواً لها لزمه تزويجها به فإن امتنع زوجها منه ، وإن كان ليس بكفو لها لم يلزم الولي لإجابتها إليه (مسألة) الكفو معتبر في خمسة أشياء كما قررنا النسب ، والدين ، والحرية ، والصنعة ، والسلامة من العيوب ، فأما النسب فإن الأعجمي ليس بكفو للعربية ، وأما الأعجم فهم أكفاء لا فضل لبعضهم على بعض لما روى نافع عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال العرب أكفاء حتى لحى الخ ، فدل على أن الأعجم ليسوا بأكفاء للعرب . وأما العرب فإن غير قريش ليس بكفو للقرشية .

وقال أبو حنيفة : بل هم أكفاء لهم ، دليلنا ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم إن الله عز وجل اختار العرب من سائر الأمم ، واختار من العرب قريش ، واختار من قريش بنى هاشم وبنى المطلب ، وأما قريش فإن بنى هاشم وبنى المطلب أكفاء لقوله صلى الله عليه وسلم إن بنى هاشم وبنى المطلب شيء واحد ، وشبك بين أصابعه ، وهل يكون سائر قبائل قريش أكفاء لبنى هاشم وبنى المطلب ؟ فيه وجهان حكاهما المصنف .

(أحدهما) أنهم أكفاء كما أنهم في الخلافة أكفاء (والثاني) لأنهم ليسوا
بأكفاء لهم ، ولم يذكر الشيخ أبو حامد وابن الصباغ غيره لما روت عائشة أن
النبي صلى الله عليه وسلم قال ، قال لي جبريل : لم أجد في مشارق الأرض ومزارعها
أفضل من بني هاشم اهـ

فأما سائر قبائل العرب فلا فضل لبعضهم على بعض لحديث العرب بعضهم
أكفاء بعض حتى لحى وقبيلة لقبيلة ورجل لرجل إلا الحائك والحجام ، قال
الصيمري : وموالي قريش أكفاء لقريش لقوله صلى الله عليه وسلم : وموالي القوم
من أنفسهم ، قال العمراني وهذا الذي ذكره الصيمري يخالف الظاهر قول سائر
أصحابنا لأنهم يحتاجون على جواز نكاح المرأة بمن ليس بكف . لها بتزويج أسامة
ابن زيد لفاطمة بنت قيس وأسامة مولى لرسول الله صلى الله عليه وسلم وفاطمة
قرشية ، ولو قيل فيها وجهان كالوجهين هل تحمل الصدقة المفروضة لموالي بني هاشم
وبني المطلب لكان محتملا

فأما إذا وطى الرجل أمته فأولدها ولداً كان كفواً لمن أمه عربية لأن الولد
يتبع الأب في النسب دون الأم بدليل أن الهاشمي لو تزوج أجمية كان ولده منها
هاشمياً ، ولو تزوج الأجمي هاشمياً فإن ولده منها أجمي ، وأما الدين فهو معتبر
قاله الفاسق الذي يشرب الخمر ويؤذي أو لا يصلح ليس بكف . للحررة العفيفة ، وقال
محمد بن الحسن هو كفؤ لها إلا أن يكون مظاهراً أسكره مولداً بالصبيان .

دلينا قوله تعالى : أفمن كان مؤمناً كمن كان فاسقاً لا يستوون ، فنفي المساواة
بينهما في جميع الوجوه . ولقوله صلى الله عليه وسلم : إذا خطب اليكم من ترضون
دينه وخلقه فزوجوه ، إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد كبير ، ولأن
الفاسق لا يؤمن أن يحمله فسقه على أن يجنى على المرأة ، فثبت لها الخيار
في فسخ نكاحه .

وأما الحرية فهي معتبرة ؛ فالحررة ليست بكف . للعبد ؛ والحر لا يكافئ الأمة
لقوله تعالى : ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً ، إلى قوله تعالى : هل يستوون ، فنفي
المساواة بينهما ، ولأن بريرة أعتقت تحت عبد فخيرها النبي صلى الله عليه وسلم .
فإذا ثبت الخيار إذا طرأت عليها الحرية ، فلأن يثبت لها الخيار إذا كانت حرة

عند ابتداء النكاح أولى ، ولأن عليه النفقة لها وأعيالها منه ، فلا يستطيع أن ينفق نفقة المومنين .

وأما أهل الصنعة الدنيئة ، كالحمى والزبال وما أشبههم ، وقد كانوا يعتبرون الحائث منهم لنص الحديث ، إلا الحائث والحجام ، فإن للصنعة تأثيراً في الكفاة ولأن الصنعة الدنيئة نقص في العادة فاعتبرت .

فأما اليسار فاختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال إنه معتبر بالمعسر ليس بكفء المومرة لقوله صلى الله عليه وسلم والحسب المال ، ولأنه لما ثبت أن العبد لا يكفى الحرية لمجزه عن الإنفاق عليها نفقة المومر فكذلك المعسر ، فعلى هذا لا يعتبر أن يكون الرجل مثل المرأة في اليسار في جميع الوجوه ، بل إذا كان كل واحد مومراً يساراً ما تكافأ ، وإن اختلفا في المال

ومنهم من قال اليسار غير معتبر في الكفاة ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يكن من أهل اليسار ومات ودرعه مرهونة عند يهودى في طعام أهله ، ولأن الفقر ليس بنقص في الكفاة في العادة لأن المال يغدو وبروح ، ولهذا قال النبي صلى الله عليه وسلم لا بنى خالد لا تياسا من رزق الله تعالى

وأما السلامه من العيوب فهي معتبرة في الكفاة ، والعيوب في الرجال الجنون والجذام والبرص والجرب والعنه ، والعيوب في النساء الجنون والجذام والبرص والرتق (١) والقرن ولها أحكام تأتي في بابها

قال الصيمرى واعتبر قوم البلدان ، فقالوا ساكنوا مكة والمدينة والبصرة والكوفة ليسوا بكفاء لمن يسكن الجبال . وهذا ليس بشيء ، وليس للحسن والقبح والطول والقصر والسخاء والبخل ونحو ذلك مدخل في الكفاة ، لأن ذلك ليس بنقص في العادة ولا عار فيه ولا ضرر ، والبيتان لرجل يدعى عروة الصماليك كان يجمع الفقراء في ظيرة ويرزقهم مما يغنى ، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب .

(١) الرتقاء التى لا يستطيع جماعها أو لا خرق لها إلا المبال خاصة .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن كان للمرأة وليان وأذنت لكل واحد منهما في تزويجها ، فزوجها كل واحد منهما من رجل نظرت ، فإن كان العقدان في وقت واحد ، أو لم يعلم متى عقدا ؟ أو علم أن أحدهما قبل الآخر ، وليكن لم يعلم عين الساق منهما بطل العقدان ، لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر ، وإن علم السابق ثم نسي وقف الأمر لأنه قد يتذكر . وإن علم السابق وتعين فالنكاح هو الأول والثاني باطل ، لما روى سمرة رضى الله عنه قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أيما امرأة زوجها وليان فهي الأولى منهما ، فإن ادعى كل واحد من الزوجين أنه هو الأول وادعى علم المرأة به ، فإن أنكرت العلم قال قول قولها مع يمينها ، لأن الأصل عدم العلم . وإن أقرت لأحدهما سلمت إليه ، وهل تحلف للآخر . فيه قولان .

(أحدهما) لا تحلف ، لأن اليمين تعرض على المنكر حتى يقر . ولو أقرت للثاني بعدما أقرت للأول لم يقبل فلم يكن في تحليفها له فائدة

(والثاني) تحلف لأنها ربما نكحت وأقرت للثاني فيلزمها المهر ، فعلى هذا إن حلفت سقط دعوى الثاني ، وإن أقرت للثاني لم يقبل رجوعها ويجب عليها المهر للثاني . وإن نكحت رددنا اليمين على الثاني ، فإن لم يحلف استقر النكاح للأول وإن حلف حصل مع الأول إقرار ؛ ومع الثاني يمين ، ونكول المدعى عليه ، فإن قلنا إنه كالبينة حكم بالنكاح للثاني ، لأن البينة تقدم على الإقرار ، وإن قلنا أنه بمنزلة الإقرار وهو الصحيح ففيه وجهان

(أحدهما) يحكم ببطلان النكاحين ، لأن مع الأول إقراراً ومع الثاني ما يقوم مقام الإقرار ، فصار كالو أقرت لهما في وقت واحد

(والثاني) أن النكاح للأول لأنه سبق الإقرار له فلم يبطل بإقرار بعده ويجب عليها المهر للثاني كالو أقرت للأول ثم أقرت للثاني

(الشرح) الأحكام : إذا كان للمرأة وليان في درجة واحدة فأذنت لكل

واحد منهما أن يزوجها برجل غير الذي أذنت به الآخر ، أو أذنت لكل واحد
منهما أن يزوجها برجل ولم يعين . وقلنا يجوز ، فزوجهما كل واحد منهما برجل ،
ففيه خمس مسائل :

(١) أن يعلم أن العقدين وقعا معاً في حالة واحدة فهما باطلان ، لأنه لا يمكن
الجمع بينهما ، إذ المرأة لا يجوز أن يكون لها زوجان لاختلاط النسب وفساد
وليس أحدهما أولى من الآخر في التقديم فبطلاً كما لو تزوج أخين في عقد واحد
(٢) أن لا يعلم هل وقع العقدان في حالة واحدة أو سبق أحدهما الآخر ،
فقال أصحابنا البغداديون بطل العقدان ، لأنه لا يمكن الجمع بينهما ، ولا مزية
لأحدهما على الآخر في التقديم . وقال الخراسانيون : بطل العقدان في الظاهر ،
وهل يبطلان في الباطن . فيه وجهان

(٣) أن يعلم أن أحدهما سبق الآخر إلا أنه أشكل عين السابق منهما ، فقال
أصحابنا البغداديون بطل العقدان لما ذكرنا في الذي قبلهما . ومن أصحابنا من
قال فيها قولان (أحدهما) أنهما باطلان (والثاني) يتوقف فيهما بناء على القولين
في الجمعين إذا وقعتا معاً في بلدة وعلم بسبق أحدهما ، ولم يتبق السابقة ،
وهذا اختيار الجويني .

(٤) أن يعلم أن أحد العقدين سبق الآخر : ونسى السابق منهما ، فيتوقفان
إلى أن يتذكر السابق ، لأن الظاهر مما علم ثم نسي أن يتذكر

(٥) أن يعلم السابق منهما ويتعين ويذكر ، فإن النكاح الصحيح هو الأول ،
والثاني باطل ، سواء دخلا بها أو لم يدخلها . أو دخل بها أحدهما ، وبه قال في
الصحابة على رضى الله عنه ، ومن التابعين شريح والحسن البصري . ومن الفقهاء
الأوزاعي وأبو حنيفة وأحمد وإسحاق ، وذهب طائفة إلى أنه إن لم يطأها أحدهما
أو وطئها معاً أو وطئها الأول دون الثاني فهي الأول كقولنا . وإن وطئها الأول
دون الثاني فالنكاح للثاني دون الأول . وبه قال عمر (رضي) وعطاء والزهرى ومالك
دليلنا قوله تعالى حرمت عليكم أمهاتكم ، إلى قوله والمحصنات من النساء ، والمراد به
المزوجات ولم يفرق وروى سمرق أن النبي (ص) قال إذا نكح الوليان فهي الأول منهما ولأنه
نكاح لو عرى عن الوطء لم يصح ، فإذا كان فيه الوطء لم يصح كنكاح المعتدة والمحرمه بالحج

(فرع) إذا زوج المرأة وليان من رجلين ولم يعلم السابق منهما ، وادعى كل واحد من الزوجين أنه هو السابق منهما نظرت ، فإن ادعى أحد الزوجين ، قال المسمودي : لم تسمع دعواه ، لأنه لا شيء في يده ، وإن ادعى على الولي — فإن كان غير مستبد بنفسه — بأن لا يصح إنكاحه إلا بإذنها ، لم تسمع دعواها عليه وإن كان مستبداً بنفسه كالأب والجد في تزويج البكر ، هل تسمع الدعوى عليه ؟ فيه قولان : فإن ادعى على المرأة ، وادعى عليها بذلك : هل تسمع الدعوى عليها فيه قولان بناء على القولين في إقرارها لأحدهما بالسبق ، هل يقبل ؟ قال في القديم يتقبل إقرارها : فعلى هذا تسمع الدعوى عليها . وقال في الجديد : لا يقبل إقرارها فعلى هذا لا تسمع الدعوى عليها .

وأما الشيخ أبو حامد والبغداديون من أصحابنا فقالوا : تسمع الدعوى عليها من غير تفسير ، فإذا قلنا : تسمع الدعوى عليها — نظرت — فإن أنكرت أنها لا تعرف السابق منهما فالقول قولها مع يمينها أنها لا تعرف السابق ، فإذا حلفت سئل عن دعوى امرأة بطل النكاح فإن نكحت عن اليمين ردت اليمين عليها فيحلف كل واحد منهما أنه هو السابق بالعقد ، فإذا حلفا بطل النكاحان ، لأن كل واحد قد أثبت بيمينه أنه هو السابق ، ولا مزية لأحدهما على الآخر فبطلا ، وإن حلف أحدهما وبطل الآخر ثبت نكاح الحالف وبطل نكاح الناكح ، فإن نكحاً جميعاً بطل النكاحان أيضاً ، لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر ، وإن أقرت أنها تعلم السابق منهما نظرت ، فإن أقرت لكل واحد منهما سابقاً فيكون دعواها عليها باقية فيطالب بالجواب ، وإن أقرت لأحدهما أنه هو السابق حكم بالنكاح له لأنه لم يثبت عليها نكاح غير المقر له حال الإقرار ، فقبل إقرارها على نفسها ، فإن أراد الثاني أن يحلفها بعد إقرارها للأول أنها لا تعلم ، لأنه هو السابق ، فهل يلزمها أن تحلف له ، فيه قولان بناء على أنها أقرت للثاني هل يلزمها غرم ، فيه قولان كالقولين فيمن أقر بدار لزيد ثم أقر بها لعمر ، فهل يلزمه الغرم لعمر ، فيه قولان .

(أحدهما) لا يلزمها أن تحلف للثاني لأنها لو أقرت له لم يقبل إقرارها له ، فلا معنى لعرض اليمين عليها .

(والثاني) يلزمها أن تحلف للثاني بجواز أن تخاف من اليمين فتقر له فيلزمها الغرم ، فان قلنا : لا يلزمها أن تحلف للثاني ثبت النكاح للأول وانصرف الثاني وان قلنا : يلزمها أن تحلف للثاني نظرت ، فان حلفت له انصرف ، وان أقرت للثاني بأنه هو السابق لم يقبل قولها في النكاح لأن في ذلك إسقاط حق الأول الذي قد ثبت ، وليكنها قد أقرت أنها حالت بين الثاني وبين بضعها باقرارها الأول وهل يلزمها أن تغرم له .

قال الشيخ أبو حامد : فيه قولان كما لو أقرت بدار لزبد ثم أقرت به لعمر و . قال المحاملي وابن الصباغ : يلزمها له الغرم قولاً واحداً ، لأننا إنما عرضنا عليها اليمين على القول الذي يقول يلزمها الغرم فإذا أقرت له لزمتها أن تغرم له عوض ما حالت بينه وبينه ، وكم يلزمها من الغرم .

قال الشيخ أبو حامد وأكثر أصحابنا : يلزمها أن تغرم جميع مهر المثل . والثاني نصف مهر مثلهما كالفولين في المرأة إذا أرضعت زوجة لرجل وانفسخ نكاحها بذلك ، وان لم تقر للثاني ولا حلفت له ، بل نكحت عن اليمين ردت اليمين عليه ؛ فان قلنا ان يمين المدعى مع نكول المدعى عليه يحل محل البينة ثبت النكاح للثاني وانفسخ نكاح الأول .

قال الشيخ أبو حامد وهذا القول ضعيف جداً ، وان قلنا ان يمين المدعى مع نكول المدعى عليه يحل محل اقرار المدعى عليه وهو الصحيح ، ففيه وجهان . قال الشيخ أبو اسحاق يبطل النكاحان ، لان مع الأول اقراراً ومع الثاني ما يقوم مقام الاقرار ، وليس أحدهما أولى من الآخر فباطلاً . ومن أصحابنا من قال يثبت نكاح الأول لان اقرارها له أسبق .

قال الشيخ أبو اسحاق الشيرازي صاحب المذهب وابن الصباغ والمحاملي يلزمها على هذا أن تقوم مهر مثلهما للثاني وذكر الشيخ أبو حامد في التعليق هل يلزمها الغرم للثاني محل هذا ، فيه قولان .

قال ابن الصباغ فعلى قول أبي اسحاق لا تعرض عليها اليمين ، لانه لا فائدة فيها هذا ترتيب البغداديين . وقال المسعودي : اذا نكحت وحلف الثاني فهل ينفسخ

نكاح الأول ، فيه وجهان : فإذا قلنا يفسخ ، قال القفال : فإنه لا يثبت نكاح الثاني ، والأول المشهور .

(فرع) قال الشافعي رحمه الله في الإملاء : إذا زوج الرجل أخته من رجل ثم مات الزوج فادعى ورثته أن الأخ زوجها بغير إذنهما ، فالنكاح باطل ولا ترث وإذا ادعت المرأة أنه زوجها بإذنها فالقول قولها وترث : لأن هذا اختلاف في إذنهما وهي أعلم به ، ولأن الأصل في النكاح أنه يقع صحيحاً ، فإذا ادعى الورثة بفساده كان القول قولها لأن الظاهر صحته .

قال في الإملاء : إذا قال رجل : هذه المرأة زوجتي وصدقته على ذلك تمت الزوجية بينهما ، وأيهما مات ورثه الآخر لأن الزوجية قد ثبتت ، وإن قال رجل : هذه زوجتي فسكت ، فإن مات لم يرثها ، لأن إقراره عليها لا يقبل ، فإن مات ورثته لأن إقراره على نفسه مقبول ، وكذلك إذا أقرت المرأة بالزوجية من رجل ولم يسمع منه لإقراره ، فإن مات لم ترثه ، وإن مات ورثها كما ذكرناه في التي قبلها والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ويجوز لولي الصبي أن يزوجه إذا رأى ذلك ، لما روى أن عمر رضي الله عنه زوج ابناً له صغيراً ، ولأنه يحتاج إليه إذا بلغ : فإذا زوجته ألفت حفظ الفرج ، وهل له أن يزوجها بأكثر من امرأة ، فيه وجهان . (أحدهما) لا يجوز لأن حفظ الفرج يحصل بأمرأة .

(والثاني) يجوز أن يزوجها بأربع ، لأنه قد يكون له فيه حفظ ، وأما المجنون فإنه إن كان له حال إفاقة لم يحز تزويجه بغير إذنه ، لأنه يمكن استئذانه فلا يجوز الافتيات عليه ، وإن لم يكن له حال إفاقة ورأى الولي تزويجه للعفة أو الخدمة زوجة ، لأن له فيه مصلحة . وأما المحجور عليه أسفه — فإنه إن رأى الولي تزويجه — زوجة ، لأن ذلك من مصلحته فإن كان كثير الطلاق سراه بجارية ، لأنه لا يقدر على اعتاقها ، وإن طلب التزوج وهو محتاج إليه فامتنع الولي فتزوج بغير إذنه ففيه وجهان .

(أحدهما) أنه لا يصح لأنه تزوج بغير إذنه فلم يصح منه ، كما لو تزوج قبل الطلب (والثاني) يصح لأنه حق وجب له يجوز له أن يستوفيه باذن من هو عليه فإذا امتنع جاز له أن يستوفيه بنفسه ، كما لو كان له على رجل دين وامتنع من أدائه وأما العبد فإنه إن كان بالغاً فهل يجوز لمولاه أن يزوجه بغير رضاه ، فيه قولان .

(أحدهما) أنه إذا كان له مملوك يملك بيعه وإجارته ، فملك تزويجه من غير رضاه كالأمّة (والثاني) ليس له ذلك لأن النكاح معنى يقصد به الاستمتاع فلم يملك إجباره عليه كالقسم ، وإن كان صغيراً ففيه طريقان .

(أحدهما) أنه على القوانين لأنه تصرف بحق المملك فاستوى فيه الصغير والكبير كالبيع والإجارة .

(والثاني) أنه يملك تزويجه قولاً واحداً ، لأنه ليس من أهل التصرف فجاز تزويجه كالابن الصغير ، وإن دعا العبد البالغ مولاه إلى النكاح ففيه قولان ، أحدهما : يلزمه تزويجه لأنه مكلف مولى عليه ، فإذا طلب التزويج وجب تزويجه كالفقيه . والثاني : لا يلزمه لأنه يملك بيعه وإجارته فلم يلزمه تزويجه كالأمّة ، وأما المكاتب فلا يملك المولى إجباره على النكاح لأنه سقط حقه من رقبته ومنفعته ، فإن دعا المكاتب المولى إلى التزويج ، فإن قلنا يجب عليه تزويج العبد فالمكاتب أولى .

وإن قلنا : لا يجب عليه تزويج العبد ففي المكاتب وجهان (أحدهما) لا يجب لأنه مملوك ، فلم يلزمه تزويجه كالعبد (والثاني) يجب لأنه لا حق له في كسبه بخلاف العبد ، فإن كسبه للمولى فإذا تزوجه بطل عليه كسبه للمهر والخفقة .

(الشرح) الأحكام : يجوز الأب والجد أن يزوج ابنه الصغير إذا كان عاقلاً لما روى أن ابن عمر زوج ابناً له صغيراً ، ولأنه يملك التصرف في مصلحته والنكاح مصلحة له ، لأنه إن بلغ وهو محتاج إلى النكاح وجد شريكة تحته يستمتع بها وينفع بخدشها وتقوم على حوائجه فيكون ذلك سكناً له ، وإن بلغ وهو غير محتاج إلى النكاح فإن المرأة تكون سكناً له ، هذا نقل أصحابنا البغداديين . وقال المسعودي : هل يزوج الصغير ، فيه وجهان ، الأصح لا يزوجه لأنه

لا حاجة به اليه ؛ وكم يجوز للأب والجد أن يزوجا الصغير ؟ حكى الشيخ أبو حامد أن الشافعي رضي الله عنه قال : له أن يزوجه بـزوجة واحدة واثنين وثلاثاً وأرباباً كالأب ، ومن أحببنا من قال : لا يجوز له أن يزوجه بأكثر من واحدة ، لأنه لا حاجة به إلى ما زاد عليها ، ويجوز للولي والـحـا كم أن يزوجا الصغير كما قلنا في الأب والجد .

(فرع) ولا يجوز للأب والجد ولا للوصى ولا للـحـا كم تزويج الصغير المجنون لأنه لا يحتاج إلى النكاح في الحال ، ولا يدري إذا بلغ هل يحتاج إلى النكاح أم لا ، بخلاف الصغير العاقل ، لأن الظاهر أنه يحتاج إلى النكاح عند بلوغه ، فإن كان المجنون بالغاً نظرت ، فإن كان يحسن ويفيق ، لم يحز للولي تزويجه لأن له حالة يمكن استئذانه فيها وهي حال إفاقته ، وإن لم يكن له حال الإفاقة ، فإن كان خصياً أو مجرباً أو علم أنه لا يشتهي النكاح لم يحز للولي تزويجه لأنه لا حاجة به إلى النكاح ، وإن علم أنه يشتهي بأن يراه يتبع نظره النساء أو علم ذلك بانتشار ذكره أو غير ذلك جاز للأب والجد تزويجه لأن فيه مصلحة له ، وهو ما يحصل له به من العفاف ، فإن لم يكن له أب ولا جد وزوجه الـحـا كم .

(مسألة) قال الشافعي رضي الله عنه : وليس له أن يزوج ابنته الصغيرة عبداً ولا غير كفو ولا مجنوناً ولا مخبولاً ولا مجذوماً ولا أبرصاً .

وهذا كما قال : لا يجوز للرجل أن يزوجه غير كفو . وقد مضى شروط الكفاءة . والمريض بمرض عقلي أو جسماني مزمع لا يجوز له أن يرضى به زوجاً لابنته الصغيرة . لأن القصد من النكاح الاستمتاع وهذا متعذر منه ولأنه لا يؤمن أن يحسن عليها ، والمخبول هو الذي تقادم جنونه وسكن . فلا يتأذى الناس به ، أو يكون أبلاً لا يحصل منه أذية ، وهذا يحدث من خلل في تلافيف المخ يترتب عليها أعراض ظاهرة كارتخاء الشفتين أو انفراج الفم وسيلان اللعاب والمعنى والفهاة في النطق ، لأن مرا كز المخ إذا اختلت بعض خلاياها ومما أكثرها ظهرت أعراضها فإن بعضها يختص بحواس البشرة واللمس وبعضها بحواس الشم وبعضها بحواس الذوق إلى آخر ما عند الإنسان من آفاق حيويته مادية ومعنوية

كل خلية منها لها خلية في المخ تعطى إشاراتهما إلى بقية أجزاء الجسم . فأي خلل في خلية منها يعطل وظيفتها فيظهر ذلك في وجهه أو تصرفاته أو صوته ، فينبغي مراعاة جانب الصحة النفسية لمن أراد أن يزوج صغيرته حتى لا تشقى بسوء اختيار أبيها أو جدها أو وليها

وقال الشيخ أبو حامد في البرص والمجنون : ولائنه يقال إن هذه العيوب تعدى . وربما أعدت اليها أو إلى ولدها منه ، وكذلك لا يزوجهما بخصى ولا محبوب . لأن المقصود من النكاح الاستمتاع . وذلك لا يوجد منه . فان خالف الأب وزوج ابنته الصغيرة ممن به أحد هذه العيوب فهل يصح النكاح على الطارق الثلاث إذا زوج المرأة من غير كفء بغير رضاها أو من غير رضى سائر الأولياء فإذا قلنا أن النكاح باطل فلا كلام . وإن قلنا أن النكاح صحيح فهل يجب على الأب أن يختار فسخ النكاح أو يدعه حتى تبلى فتختار . حكى القاضي أبو الطيب فيه قولان وحكماهما الشيخ أبو حامد وجمين

(أحدهما) يجب عليه ذلك لائنه قد فرط فكان عليه أن يتلافى تفريطه كالوكيل إذا اشترى شيئا معيبا

(والثاني) لا يجب عليه وليس له ذلك . لأن الشهوات والميول تختلف . وقد تختار المرأة الزوج ممن به هذه العيوب ، فعلى هذا إذا بلغت كانت بالخيار إن شاءت فسخته وإن شاءت أقرته

قال ابن الصباغ : هذا إذا كان المزوج هو الولي وحده . فأما إذا كان معه غيره فلهم الاعتراض على العقد وفسخه قولاً واحداً . لأن العاقد أسقط حقه برضاه والباقون لم يرضوا . وإن أراد أن يزوج أمته من عبد جاز لأنه مكافئ لها أما إذا أرادت أن تزوج بمجنون أو مجنون أو أبرص أو محبوب أو خصى لم يكن له ذلك ، لأن الضرر الذي يلحق الحرة في ذلك يلحق الأمة

(فرع) ولا يزوج ابنته الصغيرة بامرأة ليست بكفء له . ولا بمجنونة ولا مخبولة ولا مجنونة ولا برصاء ولا رتقاء لأنه لا مصلحة له في تزويج أحدها من . فان زوجه بأمة لم يصح قولاً واحداً . لأن تزويج الأمة إنما يصح للحر إذا لم يجد طول حرة ويخاف العنت .

وإن زوج ابنة المجنون برتقاء ، فإن قلنا يصح تزويج الصغير العاقل بها يصح بالمجنون ، وإن قلنا لا يصح تزويج الصغير العاقل بها ففي المجنون وجهان . (أحدهما) لا يصح كما لو زوجها من الصغير العاقل (والثاني) يصح لأنه لا ضرر عليه في ذلك لأنه لا يحتاج إلى الوطء .

(فرع) قال الصيمري : ولا يزوج ابنة الصغير بمجنون حرمة ولا بمقطوعة اليدين والرجلين ولا أعمى ولا زمنة ولا يهودية ولا نصرانية ، ولا يزوج ابنة الصغيرة بشيخ هرم ، ولا بمقطوع اليدين والرجلين ، ولا بأصم ولا زمن ولا بفقر وهي غنية ، فإن فعل ذلك فسخ . وعندى أنها تحتل زوجها آخر أنه لا يكون له الفسخ لأنه ليس بأعظم من زوج ابنته الصغيرة بمجنون أو أبرص .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يصح النكاح إلا بشاهدين . وقال أبو ثور يصح من غير شهادة لأنه عقد فصح من غير شهادة كالبيع . وهذا خطأ لما روت عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح . خاطب وولى وشاهدان . ويخالف البيع فإن القصد منه المال والقصد من النكاح الاستمتاع وطلب الولد ، ومبناهما على الاحتياط ولا يصح إلا بشاهدين ذكرين فإن عقد برجل وامرأتين لم يصح لحديث عائشة رضي الله عنها ، ولا يصح إلا بعدلين لما روى ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل ،

فإن عقد بمجهولي الحال ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبي سعيد الاصطخري أنه لا يصح ، لأن ما افتقر ثبوته إلى الشهادة لم يثبت بمجهولين كالإثبات عند الحاكم (والثاني) يصح وهو المذهب لأننا لو اعتبرنا العدالة الباطنة لم تصح أن نكحه العامة إلا بحضور الحاكم لأنهم لا يعرفون شروط العدالة ، وفي ذلك مشقة فاكفينا بالعدالة الظاهرة كما اكفينا في الحوادث في حقهم بالتقليد حين شق عليهم إدراكها بالدليل ، فإن عقد بمجهولين ثم بان أنهما كانا فاسقين لم يصح لأننا حكمنا بصحته في الظاهر ، فإذا بان خلافه حكم بإبطاله ، كما لو حكم الحاكم

باجتهاده ثم وجد النص بخلافه . ومن أصحابنا من قال : فيه قولان بناء على القولين في الحاكم إذا حكم بشهادة شاهدين ثم بان أنهما كانا فاسقين ، وإن عقد بشهادة أعميين ففيه وجهان .

(أحدهما) أنه يصح ، لأن الأعمى يجوز أن يكون شاهداً ،
(والثاني) لا يصح ، لأنه لا يعرف العاقد فهو كالأصم الذي لا يسمع لفظاً .
العاقد وبصح بشهادة ابني أحد الزوجين ، لأنه يجوز أن يثبت النكاح بشهادتهما وهو إذا جحد الزوج الآخر وهل يصح بشهادة ابنيهما ؟ أو بشهادة ابن الزوج وابن الزوجة ، فيه وجهان (أحدهما) يصح لأنهما من أهل الشهادة (والثاني) لا يصح لأنه لا يثبت هذا النكاح بشهادتهما بحال .

(فصل) وإذا اختلف الزوجان فقالت الزوجة : عقدنا بشاهدين فاسقين وقال الزوج : عقدنا بعدلين ، ففيه وجهان (أحدهما) أن القول قول الزوج لأن الأصل بقاء العداله (والثاني) أن القول قول الزوجة ، لأن الأصل عدم النكاح وإن تصادقا على أنهما تزوجا بولي وشاهدين ، وأنكر الولي والشاهدان لم يلتفت إلى إنكارهم لأن الحق لهما دون الولي والشاهدين .

(الشرح) حديثنا عائشة وابن مسعود رضي الله عنهما مضى تخريجهما في بحث النكاح بولي . أما الأحكام : فإنه لا يصح النكاح إلا بحضور شاهدين ذكرين عدلين ، وروى ذلك عن عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وابن عباس والحسن البصري وابن المسيب والنخعي والشعبي والاوزاعي وأحمد بن حنبل . وقال ابن عمر وابن الزبير وعبد الرحمن بن مهاد وداود وأهل الظاهر . لا يفتقر النكاح إلى الشهادة ، وبه قال مالك ، إلا أنه قال من شرطه أن لا يتواصوا بكتنائه ، وإن تواصوا على كتنائه لم يصح النكاح وإن حضره شهود ؛ وبه قال الزهري . وقال أبو حنيفة : من شرطه الشهادة إلا أنه ينعقد بشهادة رجلين فاسقين وعدوين ومحدودين ، وشاهد وامرأتين .

دليلنا ما روى عمران بن الحصين رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل ، رواه أحمد في رواية ابنه عبد الله ورواه الدارقطني ، وأشار إليه الترمذي ، وروى عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال

« كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح : خاطب وولي وشاهدان ، وعنهما رضى الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم لم قال « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل ، وعن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم لم قال « لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل ، وعنه رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير بينة ، رواه الترمذى ، وهذه الأحاديث وغيرها مضية تخربها في الولي ، ولأنه عقد فلم يكن من شرطه ترك التواصي بالسكتان كالبيع ، ولأن كل مالم يثبت بشهادة عدلين لم يثبت بشهادة فاسقين كالإثبات عند الحاكم . (فرع) قال الشافعى رضى الله عنه : والشهود على العدل حتى يعلم الجرح يوم وقع النكاح . وجملة ذلك أنه إذا عقد محضرة شاهدين فإن علمت عدالتهما ظاهراً وباطناً انعقد النكاح بشهادتهما ، وإن علمت عدالتهما في الظاهر وجهات في الباطن ففيه وجهان - كما هما المصنف .

قال أبو سعيد الاصطخري : لا يصح لأن ما افتقر ثبوته إلى الشهادة لم يثبت بمجهول الحال كالإثبات عند الحاكم ، والثاني - وهو المذهب ولم يحك الشيخ أبو حامد وابن الصباغ غيره - أن النكاح صحيح لأن الظاهر العدالة ، ولأننا لو اعتبرنا العدالة الباطنة لم ينعقد النكاح إلا بمحضرة الحاكم ، لأن العامة لا يعرفون شروط العدالة ، وقد أجمع المسلمون على جواز انعقاده بغير حضور الحاكم . فإذا قلنا بهذا فبان أنهما فاسقان ، فإن حدث هذا الفسق بعد العقد لم يؤثر ، لأن الاعتبار وجود العدالة حال العقد ، وإن بان أنهما فاسقان حال العقد لم يصح النكاح ، لأن فسقهما ينافي قبول شهادتهما على النكاح .

ومن أصحابنا من قال : فيه قولان كالقوانين في الحاكم إذا حكم بشهادة شاهدين ظاهرهما العدالة : ثم بان فسقهما حال الشهادة وليس بشيء ، فإن ترفع الزوجان إلى الحاكم وأقرا بالنكاح وأنه عقد بشهادة رجلين ظاهرهما العدالة واختصما في حق من حقوق الزوجية كالنفقة والكسوة وما أشبههما : فإن الحاكم يحكم بينهما فيما احتكما فيه ، ولا ينظر في حال عدالة شاهدين في الباطن إلا أن يعلم أنهما فاسقان فلا يحكم بينهما ، وإن جحد أحد الزوجين الآخر - فأما المدعى منهما بشاهدين - فإن علم الحاكم عدالتهما ظاهراً وباطناً - من عقد النكاح حكم

بصحة النكاح ، وإن علم فسقهما حال الشهادة لم يحكم بصحة العقد بل يحكم بفساده على المذهب ، فإن عرف أنهما كانا عدلين في الظاهر وجعل عدالتهما في الباطن فلا يجوز أن يحكم بصحة العقد ولا بفساده بل يتوقف إلى أن يعلم عدالتهما في الباطن ، لأنه لا يجوز أن يحكم بشهادة شاهد إلا بعد معرفة حاله ظاهراً وباطناً ، بخلاف ما لو أقر بالنكاح ، هكذا ذكر الشيخ أبو حامد في التعليق . وذكر ابن الصباغ أن الرجل إذا ادعى نكاح امرأة بولي وشاهدي عدل فأقام شاهدين عدلين عند الحاكم فإنه يبحث عن حالهما عند الحاكم ولا يبحث عن حالهما حين العقد ، والاول أصح . وهل ينعقد النكاح بشهادة أعميين أو أعمى وبصير ؟ فيه وجهان أحدهما ينعقد ، لأن الأعمى من أهل الشهادة ، والثاني : لا يصح لأنه لا يعرف العاقد فهو كالأصم الذي لا يسمع لفظ العاقد ، وهل ينعقد بشهادة أخرسين أو أخرس وناطق ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا ينعقد ، قال الشيخ أبو حامد : وهو المذهب ، لأن الشهادة تفتقر إلى صريح اللفظ ، والاخرس لا يتأتى منه ذلك . (والثاني) ينعقد . قال القاضي أبو الطيب : وهو المذهب لأن إشارته إذا كانت مفهومة تقوم مقام عبارة غيره ، وهل تنعقد شهادة أصحاب الصنع الدنيئة مثل الحجام والقصاب والكناس وغيرهم ؟ فيه وجهان بناء على جواز قبول شهادتهم في سائر الحقوق ، ويأتي بيانهما في موضعهما ، وإن عقد النكاح بشهادة ابني أحد الزوجين أو بشهادة ابنه وحده أو بشهادة عدوي أحد الزوجين صح النكاح لأنه يثبت بشهادتهما ، وهو إذا شهد الابن على والدهما أو شهد العدو أن لعدوهما ؛ وإن عقد النكاح بشهادة ابني الزوجين أو ابن لهذا وابن لهذه أو جد هذا وجد هذه أو عدوين لهما ففيه وجهان ، أحدهما ينعقد لأنهما من أهل الشهادة في النكاح في الجملة ، والثاني : لا ينعقد لأنه لا يثبت بشهادتهما بحال من الأحوال ، من أصحابنا الحراسين من قال : ينعقد بشهادة العدوين وجهاً واحداً ، لأن العداوة قد تزول (فرع) وليس من شرط الشهادة احضار الشاهدين بل لو حضر الشاهدان لانفذهما وسمعا الإيجاب والقبول صح ذلك ولو سمعا الإيجاب والقبول ولم يسمعا الصداق صح النكاح لأن الصداق ليس بشرط في النكاح ، وإن سمع أحد الشاهدين الإيجاب وسمع الآخر القبول لم يصح النكاح ، لأنهما شرط في الإيجاب والقبول

(فرع) وإذا تزوج المسلم كتابية فإنه يتزوجها من وليها الكافر إذا كان عدلاً في دينه ، ولا يصح إلا بحضور شاهدين مسلمين عدلين . وقال أحمد : لا يصح أن يتزوجها إلا من المسلم . وقال أبو حنيفة : يتزوجها من وليها الكافر ، ويصح أن يكون بشهادة كافرين .

دللنا على أحمد قوله تعالى : والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض ، فدل ذلك على أنه لا ولاية لهم على الكافرين . وعلى أبي حنيفة لأنهما شاهدان لا يثبت بهما نكاح المسلم ، فلم يثبت بهما نكاح الكافرة كالعبد ، وكالفرق بين الولي والشاهدين لأن الولي أريد لدفع العار عن النسب ، والكافر كالمسلم في دفع العار والشاهدان يرادان لإثبات الفرائض عند جحد أحد الزوجين ، وليس الكافر كالمسلم في إثبات الفرائض ، لأنه لا يثبت بشهادته الفرائض ، ولأن الولي يتعين في العقد فتأكد حاله فجاز أن يكون كافراً ، والشاهد لا يتعين فلم يجز أن يكون كافراً

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ولا يصح إلا على زوجين معينين لأن المقصود بالنكاح أعيانهم فوجب تعيينهما : فإن كانت المنكوحة حاضرة فقال : زوجتك هذه صح . وإن قال : زوجتك هذه فاطمة واسمها عائشة صح ، لأن مع التعيين بالإشارة لا حكم الاسم ، فلم يؤثر الغلط فيه ، وإن كانت المنكوحة غائبة فقال : زوجتك ابنتي وليس له غيرها صح ، وإن قال : زوجتك ابنتي فاطمة وهي عائشة صح ، لأنه لا حكم الاسم مع التعيين بالنسب ، فلم يؤثر الخطأ فيه ، وإن كان له اثنتان فقال : زوجتك ابنتي لم يصح حتى يعينها بالاسم أو بالصفة ، وإن قال : زوجتك عائشة وقبل الزوج ونوى ابنته ، أو قال زوجتك ابنتي وقبل الزوج ونوى الكبيرة صح لأنها تعينت بالنية ، وإن قال زوجتك ابنتي ونوى الكبيرة وقبل الزوج ونوى الصغيرة لم يصح ، لأن الإيجاب في امرأة والقبول في أخرى . وإن قال زوجتك ابنتي عائشة ، ونوى الصغيرة وقبل الزوج ، ونوى الكبيرة ، صح النكاح في عائشة في الظاهر ، ولم يصح في الباطن ، لأن الزوج قبل في غير ما أوجب الولي .

(فصل) ويستحب أن يخطب قبل العقد ، لما روى عن عبد الله قال :
 علمنا رسول الله صلى الله عليه وسلم خطبة الحاجة ، الحمد لله نحمده ونستعينه
 ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا ، من يهده الله فلا مضل له ومن
 يضلل فلا هادي له ، وأشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً عبده ورسوله ، قال
 عبد الله ثم تصل خطبتك بثلاث آيات : اتقوا الله حق تقاته ولا تموتن إلا وأنتم
 مسلمون ، اتقوا الله الذي تساملون به والارحام إن الله كان عليكم رقيباً ، اتقوا
 الله وقولوا قولاً سديداً ، فإن عقد من غير خطبة جاز لما روى سهل بن سعد
 الساعدي ، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال للذي خطب الواهبة ، زوجتكم بما
 معك من القرآن ، ولم يذكر الخطبة ، ويستحب أن يدعى لهما بعد العقد ، لما روى
 أبو هريرة رضي الله عنه ، أن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا رفا الإنسان إذا
 تزوج قال : بارك الله لك ، وبارك عليك ، وجمع بينكما في خير .

(الشرح) حديث عبد الله بن مسعود أخرجه الترمذي وحسنه وأبو داود
 والنسائي والحاكم والبيهقي من رواية أبي عبيدة بن عبد الله بن مسعود عن أبيه
 ولم يسمع منه ، وقد رواه الحاكم من طريق أخرى عن قتادة عن عبد ربه عن
 أبي عياض عن ابن مسعود وليس فيه الآيات ، ورواه أيضاً من طريق إسرائيل
 عن أبي اسحاق عن أبي الاحوص وأبي عبيدة أن عبد الله قال فذكر نحوه ، ورواه
 البيهقي من حديث واصل الأحمد عن شقيق عن ابن مسعود بتمامه ، وفي رواية
 للبيهقي ، إذا أراد أحدكم أن يخطب لحاجة من النكاح أو غيره فليقل : الحمد لله
 نحمده ونستعينه الخ .

ورواية الترمذي أردفها بعد التحسين بقوله . رواه الأعمش عن أبي اسحاق
 عن أبي الاحوص عن عبد الله عن النبي (ص) وكلا الحديثين صحيح لأن إسرائيل
 جمعهما فقال . عن أبي اسحاق عن أبي الاحوص وأبي عبيدة عن عبد الله عن النبي
 صلى الله عليه وسلم .

وقال النووي في كتاب الأذكار : يستحب أن يخطب بين يدي العقد خطبة

تشمّل على ما ذكرنا في الباب الذي قبل هذا وتكون أطول من تلك ، وسواء
خطب العاقد أو غيره ، وأفضلها ما روينا في سنن أبي داود والترمذي والنسائي
وابن ماجه وغيرها بالأسانيد الصحيحة عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه قال
« علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم خطبة الحاجة الحمد لله نستعينه ونستغفره
ونعوذ به من شرور أنفسنا ومن يده الله فلا مضل له ، ومن يضلل فلا هادي له ،
وأشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمداً عبده ورسوله ، يا أيها الناس اتقوا ربكم
الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالاً كثيراً ونساء ،
واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام ، إن الله كان عليكم رقيباً يا أيها الذين
آمنوا اتقوا الله حق تقاته ولا تموتن إلا وأنتم مسلمون ، يا أيها الذين آمنوا
اتقوا الله وقولوا قولا سديداً يصلح لكم أعمالكم ويغفر لكم ذنوبكم ومن يطع
الله ورسوله فقد فاز فوزاً عظيماً ،

ثم قال هذا لفظ إحدى روايات أبي داود . وفي رواية له أخرى بعد قوله
« ورسوله ، أرسله بالحق بشيراً ونذيراً بين يدي الساعة ، من يطع الله ورسوله
فقد رشد ، ومن يعصهما فإنه لا يضر إلا نفسه ، ولا يضر الله شيئاً » قال الترمذي
حديث حسن . اهـ

أما حديث سهل بن سعد الساعدي فقد رواه أحمد والبخاري ومسلم ، وألفظه
« أن النبي صلى الله عليه وسلم جاءه امرأة فقالت يا رسول الله إنني قد وهبت
نفسى لك ، فقامت قياماً طويلاً ، فقام رجل فقال يا رسول الله زوجنيها إن لم يكن
الك بها حاجة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هل عندك من شيء ، تصدقها
إياه ؟ فقال ما عندي إلا إزارى هذا ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم إن أعطيتما
إزارك جلست لا إزار لك ، فالتمس شيئاً ، فقال ما أجدر شيئاً ، فقال التمس ولو
خاتماً من حديد ، فالتمس فلم يجد شيئاً ، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم هل معك
من القرآن شيء ؟ قال نعم ، سورة كذا وسورة كذا لسور بسمها ، فقال له النبي
صلى الله عليه وسلم قد زوجتكما بما معك من القرآن ،

وقد روى سعيد بن منصور في سننه عن أبي النعمان الأزدي قال : زوج النبي
صلى الله عليه وسلم امرأة على سورة من القرآن ثم قال لا يكون لأحد بعدك مهراً ،

وهو مع إرساله فيه من لا يعرف . ومن ثم فلا يحتاج به في تخصيص الحكم بهذه المرأة .

أما حديث أبي هريرة أخرجه أبو داود والنسائي وصححه وحسنه وابن ماجه وقال النووي في الأذكار ، ويستحب أن يقال لكل واحد من الزوجين برك الله لكل واحد منك في صاحبه وجمع بينكما في خير ، وروينا في صحيح البخاري ومسلم عن أنس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه حين أخبره أنه تزوج : برك الله لك ، وروينا في الصحيح أيضاً أنه صلى الله عليه قال لجابر رضي الله عنه حين أخبره أنه تزوج : برك الله عليك ، أما اللغات فقوله : رفقاً ، قال في الفتح بفتح الراء وتشديد الفاء مهموز ، معناه دعا له . وفي القاموس رفاقه ترفئة ونرفياً ، قال له بالرفاء والبنين . أي بالالتيام وجمع الشمل اه . والترفئة في الأصل الالتيام . يقال رفاً الفتى لأم خرقه وضم بعضه إلى بعض ، وكانت ترفئة الجاهلية أن يقال : بالرفاء والبنين ، ثم نهى النبي صلى الله عليه وسلم عنها وأرشد إلى ما في الأحاديث الواردة على ما سياتي في الأحكام .

أما الأحكام فإنه إذا أراد عقد النكاح على امرأة فلا بد أن تتميز عن غيرها بالمشاهدة أو بالصفة أو بالتسمية ، فإذا كان له ابنة واحدة وهي حاضرة ، فإن قال زوجتك هذه صح ولم يحتاج إلى ذكر اسمها ولا إلى صفتها وإن قال زوجتك ابنتي وزوجتك هذه عائشة صح لأنها تميزت بالإشارة ، وكان ما زاد تأكيداً ، وإن كان اسمها عائشة فقال زوجتك هذه فاطمة ؛ فقال البغداديون من أصحابنا يصح ، لأنه لا حكم لتغيير الاسم مع الإشارة وقال السعدي هل يصح ؟ فيه وجهان بناء على الوجهين فيما لو قال بعنك هذا البغل وكان حماراً أو فرساً . وإن كان له ابنة واحدة اسمها عائشة وهي غائبة عنهما ، فإن قال زوجتك ابنتي صح ؛ لأن قواه ابنتي صفة لازمة لها وليس له غيرها . وإن قال زوجتك ابنتي عائشة صح ، لأن النكاح يتعقد بقوله ابنتي ، فإذا سماها باسمها كان تأكيداً ، وإن قال زوجتك ابنتي فاطمة فغير اسمها ؛ فقال البغداديون من أصحابنا يصح ؛ لأن قوله ابنتي صفة لازمة لها لا تختلف ولا تغير ، والاسم يتغير ويختلف ، فاعتبر حكم

الصفة اللازمة وألفى الاسم ، قال المسعودي لا يصح ، ولم يذكر له وجها . وإن قال زوجتك عائشة وقصد ابنته فذكر الشيخ أبو إسحاق والطبري في العدة وحكاة ابن الصباغ عن الشيخ أبي حامد أنه يصح لأنها تتميز بالنية ، وإن لم يقصد ابنته لم يصح ، قال ابن الصباغ : وهذا فيه نظر ، لأن هذا العقد تعبير فيه الشهادة فلا بد أن يكون العقد مما يصح أداء الشهادة على وجه يثبت به العقد وهذا متعذر في النية ولم أجد فيما قرأت من تعليق الشيخ أبي حامد وغيره أنه لا يصح من غير تفصيل لأن هذا الاسم يقع على ابنتيه وعلى من اسمها عائشة فلا تتميز بذلك عن غيرها ، فإن كانت له ابنتان كبيرة اسمها عائشة وصغيرة اسمها فاطمة ، فإن قال زوجتك ابنتي أو إحدى ابنتي لم يصح لأن المزوجة غير متميزة . وإن قال زوجتك ابنتي عائشة أو ابنتي الكبيرة صح لأنه قد بينها بالصفة أو بالاسم

وإن قال زوجتك ابنتي الكبيرة فاطمة فغير اسمها صح النكاح على المصغرة ولا يضر تغييره للاسم ، وعلى قول المسعودي في التي قبلها لا يصح ما هنا . وإن قال زوجتك ابنتي عائشة وهو ينوي الصغيرة واسم الصغيرة فاطمة فقبل الزوج وهو ينوي الصغيرة ، قال الشيخ أبو حامد ينعقد النكاح على الصغيرة لا تفاق بينهما ولا يضر تغيير الاسم .

وإن قال زوجتك ابنتي عائشة وهو ينوي الصغيرة وقبل الزوج وهو ينوي الكبيرة انعقد النكاح في الظاهر على الكبيرة لأنه أوجب نكاحها له فقبام في الباطن ، وهو مفسوخ لأنه أوجب له النكاح في الصغيرة فقبل في الكبيرة : فإن قال زوجتك ابنتي فقبل الزوج ونويا الكبيرة فقال الشيخ أبو إسحاق يصح لأنها تتميز بالنية . وقال ابن الصباغ لا يصح لأنه لا يمكن اذن الشهادة في هذا .

(فرع) وإن كان لرجل ابنتان فزوج رجلا أحدهما بعينها ثم مات الأب وادعت كل واحدة من الإبنتين على الزوج أنها هي التي زوجها أبوها منه . فإن أنكرهما حلف لكل واحدة يميناً ، وإن أقر لإحدى اثبتت زوجيتهما . فإن ادعت عليه الأخرى النكاح بعد ذلك قال ابن الحداد لم تسمع دعواها لأنه قد أقر بتحريمها على نفسه ، وإن ادعت عليه نصف المهر قال قول قوله مع يمينه : فإن حلف لها فلا كلام ، وإن نكل حلفت ووجب المسمى لها الذي ادعت .

وإن لم يدعيا عليه وليكنه ادعى على إحداهما أنها زوجته فإن أقرت له ثبت
النكاح بينهما ، وإن أنكرت حلفت له وسقطت دعواه قال ابن الحداد :
ووجب عليه لها نصف مهرها .

قلت : وينبغي أنه لا يثبت لها ذلك إلا إذا ادعته . فأما إذا لم تدعيه لم يثبت
لها . قال ابن الحداد : ويكون ذلك إبطالا لنكاح التي أقر بنكاحها أولا ، ويجب
لها نصف مهرها إن لم يدخل بها ، وجميع مهرها إن دخل بها .

(فرع) إذا قال : زوجتك حمل هذه المرأة إن كان ابنة لم يصح النكاح لأنه
قد يكون ربحاً أو حملاً موهوما فلا يتحقق وجوده ، وقد يكون ذكراً ، وقد
يكون ابنتين ، فلا يعلم أيتهما المعقود عليها وهذا غرر من غير حاجة ، فلا يصح
كما إذا كتب رجل إلى الولي : زوجني ابنتك فقرأه الولي أو غيره بحضور شاهدين
فقال الولي : زوجته لم ينعقد النكاح .

وحكى ابن الصباغ أن أبا حنيفة وأصحابه قالوا : يصح ، دليلنا أنه لم يوكل القارى
فلم يصح كما لو استدعاه من غائب فبلغه فأوجب .

(مسألة) وإذا أراد العقد خطب الولي أو الزوج أو أجنبي من الحاضرين
فيحمد الله تعالى ويصلي على رسوله صلى الله عليه وسلم ووصى بتقوى الله ويرغب
في النكاح لقوله صلى الله عليه وسلم : كل أمر ذي بال لا يبدأ فيه بحمد الله فهو أبتى ،
فالنكاح من الأمور التي لها بال ، والخطبة مستحبة غير واجبة ، وبه قال عامة
أهل العلم إلا داود فإنه قال : إنها شرط في النكاح .

دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم : لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل ،
ولم يشترط الخطبة ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم زوج الوأمة ولم يخطب ،
وتزوج عائشة رضي الله عنها ولم يخطب .

قال الشيخ أبو حامد : وقد روى في بعض الروايات أنه قال في الثلاث الآيات
يا أيها الناس ، قال : وحكى عن بعض المتأخرين أنه كان يقول : الحمد لله ،
والمصطفى رسول الله صلى الله عليه وسلم وخير ما عمل به كتاب الله قال : وزاد
بعضهم فكان يقول : الحمد لله ذو الجلال والإكرام ، والمصطفى رسول الله

صلى الله عليه وسلم وخير ما عمل به كتاب الله المفرق بين الحلال والحرام ، ثم يقول
والنكاح مما أمر الله به ونهى إليه .

وأما الخطبة التي تحلل العقد بأن يقول الولي : بسم الله والحمد لله وصلى الله
على رسول الله ، أوصيكم بتقوى الله ويقول كما روى عن عمر بن الخطاب رضي
الله عنه : أنكحتك على ما أمر الله به من أمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ،
ثم يقول الزوج ، بسم الله والحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله أوصيكم
بتقوى ، قبلت نكاحها . فاختلف أصحابنا في صحة العقد مع ذلك ، فذكر الشيخ
أبو حامد والمحاملي وابن الصباغ أن ذلك يصح ، لأن الخطبة متعلقة بالنكاح فلم
يؤثر فصلها بين الإيجاب والقبول ، كالتيتم بين صلاتي الجمع .

وحكى الشيخ مصنف المذهب عن بعض أصحابنا أن الفصل بين الإيجاب
والقبول بالخطبة يبطل العقد كما لو فصل بينهما بغير الخطبة ، ويخالف التيمم ،
فإنه مأمور به بين الصلاتين ، والخطبة مأور بها قبل العقد .

قال النووي في الأذكار ، فلو قال ، الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله
قبلت نكاحاً صحيحاً ، ولم يضر هذا الكلام بين الإيجاب والقبول لأنه فصل يسير له
تعلق بالعقد ، ويكره أن يقال للزوج بعد العقد بالرفاء والبنين ، لما روى أحد
والنسائي وابن ماجه عن عقيل بن أبي طالب أنه تزوج امرأة من بني جشم فقالوا
بالرفاء والبنين ، فقال لا تقولوا هكذا ، ولكن قولوا كما قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم ، اللهم بارك لهم وبارك عليهم ، وفي رواية له ، لا تقولوا ذلك فإن
النبي صلى الله عليه وسلم قد نهانا عن ذلك : قولوا بارك الله لهم أفيك وبارك لك فيهما ،
وأخرجه أيضاً أبو يعلى والطبراني وهو من رواية الحسن عن عقيل . قال في المنع
ورجاله ثقات إلا أن الحسن لم يسمع من عقيل فيما يقال ، وقد اختلف في صحة
النهي عن الترفئة التي كانت تفعلها الجاهلية فقبل لأنه لا أحد فيهما ولا ثناء ولا ذكر
لله ، وقبل لما فيه من الإشارة إلى بغض البنات لتخصيص البنين بالذكر ؛ والا
فهو دعاء للزوجين بالالتمام والائتلاف فلا كراهة فيه .

وقال ابن المنير : الذي يظهر أنه صلى الله عليه وسلم كره اللفظ لما فيه من

موافقة الجاهلية لأنهم كانوا يقولونه تفاؤلا لا دعاء فيظهر أنه لو قيل بصورة الدعاء لم يكره كأن يقول : اللهم ألب بينهما وارزقهما بنين صالحين وقال العمراني من أصحابنا : ويكره أن يقال للزوج بعد العقد بالرفاء والبنين والمستحب أن يقول ماورد في حديث أبي هريرة وسأله ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يصح العقد إلا بلفظ التزويج أو الإنكاح ، لأن ما سواهما من الألفاظ كالنكاح والهبه لا يأتي على معنى النكاح ، ولأن الشهادة شرط في النكاح فإذا عتد بلفظ الهبه لم تقع الشهادة على النكاح ، واختلف أصحابنا في نكاح النبي صلى الله عليه وسلم بلفظ الهبه ، فمنهم من قال : لا يصح لأن كل لفظ لا ينعقد به نكاح غيره لم ينعقد به نكاحه كلفظ الإحلال . ومنهم من قال : يصح لأنه لما خص بهبة البضع من غير بدل خص بلفظها ، وإن قال : زوجني فقال : زوجتك صح ، لأن الذي خطب الواهبة من رسول الله صلى الله عليه وسلم قال زوجنيها ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : زوجتكما بما معك من القرآن ، وإن قال زوجتك ، فقال قبلت ، ففيه قولان .

(أحدهما) يصح لأن القبول يرجع إلى ما أوجبه الولي كما يرجع في البيع إلى ما أوجبه البائع .

(والثاني) لا يصح لأن قوله ، قبلت ليس بصريح في النكاح فلم يصح به ، كما لو قال ، زوجك فقال نعم . وإن عقد بالجممية ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) لا يصح لقوله صلى الله عليه وسلم : استحللتم فروجهن بكلمة الله ، وكلمة الله بالعربية فلا تقوم الجممية مقامها كالفرآن (والثاني) وهو قول أبي سعيد الاصطخري أنه إن كان يحسن بالعربية لم يصح ، وإن لم يحسن صح ، لأن ما اختص بلفظ غير ممجز جار بالجممية عند المعجز عن العربية ، ولم يحز عند القدرة كتكبيرة الصلاة (والثالث) وهو الصحيح أنه يصح ، سواء أحسن بالعربية أو لم يحسن ، لأن لفظ النكاح بالجممية يأتي على ما يأتي عليه لفظه بالعربية ، فقام مقامه ، ويخالف القرآن فإن الغرض منه النظم المعجز ، وذلك لا يوجد في غيره ، والغرض بالتكبيرة

العبادة ففرق فيه بين العجز والقدرة كأفعال الصلاة ، والقصد بالنكاح تمليك ما يقصد بالنكاح ، والعجمية كالعربية في ذلك ، فإن فصل بين القبول والایجاب بخطبة بأن قال الولی ، زوجتك . وقال الزوج : بسم الله والحمد لله والصلاة على رسول الله قبلت نكاحها : ففيه وجهان .

(أحدهما) وهو قول الشيخ أبي حامد الاسفرايينی رحمه الله : إنه يصح لأن الخطبة مأمور بها للعقد فلم تمنع صحته كالتيهم بين صلاتي الجمع .
(والثاني) لا يصح ، لأنه فصل بين الإيجاب والقبول فلم يصح كما لو فصل بينهما بغير الخطبة ، وبخالف التيمم فإنه مأمور به بين الصلاتين والخطبة مأمور بها قبل العقد .

(فصل) وإذا انعقد العقد لزم ولم يثبت فيه خيار المجلس ولا خيار الشرط لأن العادة في النكاح أنه يستل عما يحتاج اليه قبل العقد فلا حاجة فيه إلى الخيار بعده ، والله تعالى أعلم .

(الشرح) الأحكام : لا ينعقد النكاح عندنا إلا بلفظ النكاح أو التزويج ، وهما اللفظان اللذان ورد بهما القرآن ، وهو قوله تعالى : ولا تنكحوا ما نكح آبائكم من النساء ، وقوله تعالى : فلما قضى زيد منها وطراً زوجناكمها ، فأما لفظ البيع والتملك والهبة والاجارة وغيرها من الألفاظ فلا ينعقد به النكاح ، وبه قال عطاء وابن المسيب والزهرى وربيعه وأحمد بن حنبل .

وقال أبو حنيفة : ينعقد النكاح بكل لفظ يقضى التملك كالبيع والتملك والهبة والصدقة ، وفي لفظ الاجارة عنه روايتان ، ولا ينعقد بالاباحة والتحليل وقال مالك إن ذكر المهر مع الألفاظ التي تقضى التملك انعقد بها النكاح ، وإن لم يذكر المهر لم ينعقد بها النكاح .

دلينا قوله تعالى : وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي إن أراد النبي أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين ، فذكر أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يخصص بالنكاح بلفظ الهبة ، وأن غيره لا يساويه ، ولأنه لفظ ينعقد به غير النكاح فلم ينعقد به النكاح كالاجارة والاباحة .

(فرع) قال الشافعي رضي الله عنه : والفرج محرم قبل العقد فلا يحل أبداً إلا بأن يقول الولي : قد زوجتكها أو أنكحتكها ، ويقول الزوج : قد قبلت التزويج أو النكاح . أو قال أنكحتك ابنتي ، فقال الزوج : قبلت النكاح والتزويج صح ذلك ، لأنه قد وجد الإيجاب والقبول في النكاح والتزويج ، فإن قال الولي زوجتك ابنتي أو أنكحتك ، فقال الزوج : قبلت ، ولم يقل النكاح ولا التزويج فقد قال الشافعي رضي الله عنه في موضع : يصح . وقال في موضع لا يصح ، واختلص أصحابنا فيها على ثلاث طرق ، فمنهم من قال لا يصح قولاً واحداً . وحيث قال يصح أراد إذا قبل الزوج قبولاً تاماً .

ومنهم من قال يصح قولاً واحداً ، وحيث شرط الشافعي رضي الله عنه لفظ النكاح أو التزويج في القبول فأراد على سبيل التأكيد ، وهذا لا يصح لأنه قال لا ينقد النكاح ، فقال أكثر أصحابنا : هي على قولين ، وهذا اختيار الشيخ أبي إسحاق وابن الصباع .

(أحدهما) يصح ، وهو قول أبي حنيفة وأحمد لأن قوله قبلت إذا ورد على وجه الجواب عن إيجاب متقدم كان المراد به قبول ما تقدم ، فصح كما لو قال بعثك داري أو وهبتكها ، فقال قبلت ، فإنه يصح .

(والثاني) لا يصح ، قال الشيخ أبو حامد وهو الصحيح ، لأن الاعتبار في النكاح أن يحصل الإيجاب والقبول فيه بلفظ النكاح أو التزويج ، فإذا عرى القبول منه لم يصح كما لو قال رجل لا آخذ زوجت ابنتك من فلان ؟ فقال الولي نعم ، وقال الزوج . قبلت النكاح ، فإن هذا لا يصح بلا خلاف . وإن قال الولي زوجتك ابنتي ، فقال الزوج نعم . قال الصيمري . هو كما لو قال الزوج . قبلت على الطرق الثلاث .

وقال الشيخ أبو حامد وأكثر أصحابنا لا يصح قولاً واحداً . وإن قال الزوج زوجني ابنتك . فقال الولي . زوجتك صح ذلك ، ولا يفتقر الزوج إلى أن يقول قبلت نكاحها ، وقد وافقنا أبو حنيفة ههنا وخالفنا في البيع ، لما روى أن الذي تزوج الواهبة قال للنبي (ص) زوجنيها يا رسول الله فقال النبي صلى الله عليه وسلم

زوجتكما ولم يأمره بالقبول بعد هذا . وإن قال الزوج أتزوجني ابتذك ، فقال
الولي زوجتك لم يصح حتى يقول الزوج قبلت التزويج أو النكاح ، لأن قوله :
أتزوجني استنهما ليس باستدعاء ؛ ولو قال الولي أتستنكهما ؟ فقال الزوج قد
استنكحت أو قد تزوجت لم يكن بد من قول الولي بعد هذا زوجتك أو أنكحك
لأن ما تقدم إنما كان استفهاماً ولم يكن تقريراً

(فرع) وإن عقد النكاح بالعجمية فاختلف أصحابنا فيه ، فقال الشيخ
أبو حامد : إن كانا يحسنان العربية لم يصح العقد بالعجمية وجهاً واحداً . وإن كانا
لا يحسنان العربية فهل يصح العقد بالعجمية ؟ فيه وجهان ، المذهب أنه يصح .
وقال للقاضي أبو الطيب : إن كانا لا يحسنان العربية صح العقد بالعجمية وجهاً
واحداً ، وإن كانا يحسنان بالعربية فهل يصح العقد بالعجمية ؟ فيه وجهان وقال
المصنف فيه ثلاثة أوجه

(أحدهما) لا يصح العقد بالعجمية لقوله صلى الله عليه وسلم : استحللتم
فروجهن بكلمة الله ، وكلمة الله إنما هي بالعربية (والثاني) إن كانا يحسنان العربية لم
يصح العقد بالعجمية . وإن كانا لا يحسنان العربية صح بالعجمية كما قلنا في تكبيرة
الإحرام (والثالث) يصح العقد بالعجمية بكل حال . لأن لفظ العجمية يأتي
على ما يأتي عليه العربي في ذلك .

وإن كان أحدهما يحسن العربية ولا يحسن العجمية ، والآخر يحسن العجمية
ولا يحسن العربية ، وقلنا يصح العقد بالعجمية صح العقد بينهما بشرط أن يفهم
القائل أن الولي أوجب له النكاح ، لأنه إذا لم يفهم لا يصح أن يقبل ، وهكذا
إذا حضر شاهدان أعجميان وعقد بالعربية ، أو عربيان وعقد بالعجمية فلا يصح
إلا إذا فهم أن العاقدين عقداً للنكاح ، لأن الغرض بالشاهدين معرفتهما بالعقد
وتحملهما الشهادة .

(فرع) وإذا وكل الزوج من يقبل له النكاح ، أو قبل الأب لابنه الصغير ،
فإن النكاح لا يصح حتى يسمى الزوج في الإيجاب والقبول ، فيقول الولي زوجت
فلانة فلاناً ويسمى الزوج ، ويقول القائل من قبل الزوج قبلت النكاح لفلان
ويسمى الزوج بخلاف الوكيل في الشراء فإنه لا يجب ذكر الموكل ، لأن النكاح

لا يقبل نقل المالك فيه . أى أن الرجل لا يجوز أن يتزوج امرأة ثم ينتقل نكاحها منه الى غيره . والمالك فى المال من قبل النقل . أى أنه يجوز أن يملك الرجل عينا ثم ينتقل ملكها منه الى غيره . قال الطبرى : ولهذا قال أصحابنا : لو قال رجل لآخر وكانتك أن تزوج ابنتى من زيد فزوجها من وكيل زيد صح لأنه فى الحقيقة زوجها من زيد . ولو قال وكانتك أن تبيع سيارتى هذه من زيد فباعها من وكيل زيد لم يصح لهذا المعنى .

فإذا انعقد النكاح لزم ولم يثبت فيه خيار المجاسر ولا خيار الثلاث . وقد مضى تفصيل ذلك فى البيع والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب ما يحرم من النكاح وما لا يحرم

من ارتد عن الدين لم يصح نكاحه . لأن النكاح يراد للاستمتاع ولا يوجد ذلك فى نكاح المرتد . ولا يصح نكاح الخنثى المشكل لأنه أن تزوج امرأة لم يؤمن أن يكون امرأة . وأن تزوج رجلا لم يؤمن أن يكون رجلا ولا يصح نكاح المحرم لما بيناه فى الحج

(فصل) ويحرم على الرجل من جهة النسب الام والبنت والاخت والعمة والحالة وبنت الاخ وبنت الاخت لقوله : حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الاخ وبنات الاخت ، ومن حرم عليه مما ذكرناه بنسب حرم عليه بذلك النسب كل من يدلى به . وأن بعد فتحرم عليه الام وكل من يدلى بالامومة من الجدات من الاب والام وأن علون . وتحرم عليه البنت وكل من ينسب اليه بالبنوة من بنات الاولاد وأولاد الاولاد وأن سفان وتحرم عليه الاخت من الاب والاخت من الام والاخت من الاب والام . وتحرم عليه العمة وكل من يدلى اليه بالعمومة من أخوات الآباء والاجداد من الاب والام أو من الاب أو من الام وأن علون . وتحرم عليه الحالة وكل من يدلى اليه بالحنولة من أخوات الجدات من الاب والام أو من الاب أو من الام وأن علون

فيحرم عليه بنت الاخ وكل من ينتسب اليه ببنته الاخ من بنات اولاده وأولاد
 اولاده وإن سفلن ، وتحرم عليه بنت الاخت وكل من ينتسب اليه ببنته الاخت
 من اولادها وأولاد اولادها وإن سفلن ، لأن الاسم يطلق على ما قرب وبعد ،
 والدليل عليه قوله سبحانه وتعالى يا بني آدم ، وقوله تعالى دمه أيكم ابراهيم ،
 وقوله سبحانه وتعالى دمه آباءني ابراهيم وإسحاق ويعقوب ، فأطلق عليهم اسم
 الالباء مع البعد ، وقال صلى الله عليه وسلم لم لقوم من أصحابه يرمون دأرموا فإن
 أباكم اسماعيل عليه السلام كان راميا ، فسمى اسماعيل أباهم مع البعد ، ولأن من
 بعد منهم كمن قرب في الحكم . والدليل عليه أن ابن الابن كالابن ، والجد كالاب
 في الميراث والولاية والعتق بالملك ورد الشهادة ، فلأن يكون كالابن والاب في
 التحريم ومبناه على التغليب أولى

(الشرح) لا يصح نكاح المرتد والمرتدة لأن القصد بالنكاح الاستمتاع
 ولما كان دمها مهذراً ووجب قتلها فلا يتحقق الاستمتاع ، ولأن الرخصة تقتضي
 إبطال النكاح قبل الدخول فلا ينعقد النكاح معها كالرضاع ، ولا يصح نكاح
 الحنثي المشكل لأنه لا يدري هل هو رجل أم امرأة ، فإن حمل هذا الحنثي تبيننا
 أنه امرأة ، وأن نكاحه كان باطلاً لأن الحمل دليل على الانوثة من طريق القطع
 (مسألة) النساء اللاتي نصر القرآن على تحريمهن أربع عشرة امرأة ، ثلاث
 عشرة بقوله تعالى حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم ، الآية ، وواحدة في قوله
 تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء ، فسبع ممن حرمت بالنسب وثلاثان
 بالرضاع وأربع بالمصاهرة وواحدة بالجمع ، فالسبع المحرمات بالنسب : الأم والبنت
 والاخت والعمة والخالة وبنت الاخ وبنت الاخت الآية : حرمت عليكم أمهاتكم الخ
 فأما الأم فيحرم عقد النكاح عليها ووطئها

قال الصيمري : ومن أصحابنا من قال تحريم وطئها علم بالعقل ، وليس بشيء
 وسواء في التحريم الأم حقيقة وهي التي ولدته ، والأم مجازاً وهي جدته أم أمه
 وأم أبيه . وكذلك كل جد من قبل أبيه أو أمه وإن علت ، وأما البنت فتحرم عليه
 التي يقع عليها اسم البنت حقيقة وهي بنته أصلاً ، والبنت التي يقع عليها اسم

البنات مجازاً وهي بنت بنته وبنت ابنه وإن سفلت . وأما الاخت فتحرم عليه .
سواء أكانت لاب أو أم أو لاب أو لأم لعموم قوله تعالى «وأخواتكم» وأما
العمة فيحرم عليه من يقع عليه اسم العمة حقيقة . وهي أخت أبيه ، سواء كانت
أخته لأبيه وأمه أو لأبيه أو لأمه ؛ ويحرم عليه من يقع عليها اسم العمة مجازاً
وهي أخت لجد من أجداده من قبل أبيه أو من قبل أمه .

وأما الخالة فيحرم عليه نكاح من يقع عليه اسم الخالة حقيقة . وهي أخت
أمه لأبيها وأُمها أو لأبيها أو لأمها ؛ ويحرم عليه من يقع عليها اسم الخالة مجازاً
وهي أخت كل جدة له من قبل أمه وأبيه .

وأما بنت الاخ فتحرم عليه نكاح بنت أخيه حقيقة . وهي بنت أخيه لصلبه
ويحرم عليه بنت أخيه مجازاً وهي كل من تنسب إلى أخيه بالبنوة من قبل أبنائه
وبناته وإن سفلت . وأما بنت الاخت فتحرم عليه بنت أخته حقيقة ، وهي بنت
أخته لصلبها ، ويحرم عليه بنت أخته مجازاً ، وهي كل من ينسب إلى أخته بالبنوة
من بنات أبنائها وبناتها وإن سفلت .

وهل يحرم عليه كل من وقع عليها الاسم مجازاً بالاسم أو بالقياس على من
وقع عليها الاسم حقيقة ؟ فيه وجهان . الصحيح أنه يحرم بوقوع الاسم عليها
لقوله تعالى «يا بني آدم» وقوله تعالى «مكة أبيكم إبراهيم» وقوله «مكة آباء
إبراهيم وإسحاق ويعقوب» فأطلق عليهم اسم البنوة والابوة مع البعد .

إذا ثبت هذا فقد عبر بعض أصحابنا عن المهرمات بالنسب فقال «يحرم على
الرجل أصوله وفصوله» وفصول أول أصوله وأول فصل من كل أصل بعده
وهي عبارة عن حسبه ، لأن أصوله من ينسب الرجل إليه بالبنوة ، ومن
الأمهات وفصوله من ينسب إلى الرجل بالبنوة ، وفصول أول أصوله الأخوات
وأولادهم وبنات الأخوة ، وأول فصل من كل أصل بعده العمات والحالات
فاحتز عن بنات العمات وبنات الحالات وأول فصل من كل أصل بعده .

(مسألة) وأما الاثنان المنصوص على تحريمهما بالرضاع فالأم والأخت لقوله تعالى «وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة»، فتي كان للرجل زوجة وانبت منها ابن من وطنه فأرضعت به طفلا، له دون الحولين خمس رضعات متفرقات صار كالولد لهما من النسب، وصارا كالوالدين له من النسب في تحريم النكاح وجواز الخلوة، ويحرم عليها نكاح أولاده وأولاد أولاده وإن سفلوا لأنه ولد لهما، ويحرم على الرضيع نكاح الأم من الرضاع الحقيقية والمجاز والأخت من الرضاع والعمة من الرضاع الحقيقية والمجاز، وبنت الأخت من الرضاع الحقيقية والمجاز على ما ذكرناه في المحرمات من النسب، لأن الله تعالى نص على السبع المحرمات بالنسب، ونص على الأم والأخت من الرضاع لبنيه بهما على من تقدم ذكرهن من المحرمات والنسب. وروى عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب. وفي رواية ما يحرم من الولادة، ويقال: الرضاع بكسر الراء وفتحها، فأما الرضاعة بالهاء فبفتح الراء لا غير. والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى:

(فصل) وتحرم عليه من جهة المصاهرة أم المرأة دخل بها أو لم يدخل، لقوله تعالى «وأمهات نسائكم»، ويحرم عليه كل من يدلى إلى إمرأته بالأمومة من الجدات من الأب والأم لما بيناه في الفصل قبله، ويحرم عليه ابنة المرأة بنفس العقد تحريم جمع، لأنه إذا حرم عليه الجمع بين المرأة وأختها، فلأن يحرم الجمع بين المرأة وابنتها أولى. فإن بانث الأم قبل الدخول حلت له البنت، وإن دخل بالأم حرمت عليه البنت على التأييد، لقوله تعالى «وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن»، فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم، وتحرم عليه كل من ينتسب إلى إمرأته بالبنوة من بنات أولادها وأولاد أولادها وإن سفلن من وجد منهن ومن لم يوجد، كما تحرم البنت وتحرم عليه حايلة الابن لقوله تعالى «وحلائل أبنائكم»، وتحرم عليه حايلة كل من ينتسب إليه بالبنوة من

بنى الأولاد وأولاد الأولاد لما بيناه : وتحرم عليه حليلة الاب لقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء ، وتحرم عليه حليلة كل من يدلى اليه بالابوة من الاجداد لما ذكرناه .

ومن حرم عليه بنكاحه أو بنكاح أبيه أو ابنه حرم عليه بوطنه أو وطء أبيه أو ابنه في ملك أو شبهة لأن الوطء معنى تصير به المرأة فرأشاً فتعاق به تحريم المصاهرة كالنكاح ولأن الوطء في إيجاب التحريم أكد من العقد ، بدليل أن الربيعة تحرم بالعقد تحريم جمع وتحرم بالوطء على التأييد ، فإذا ثبت تحريم المصاهرة بالعقد فلأن يثبت بالوطء أولى ، واختلاف قوله في المباشرة فيما دون الفرج بشهوة في ملك أو شبهة فقال في أحد القولين هو كالوطء في التحريم لأنها مباشرة لا تسبقاح إلا بملك فتعلق بها تحريم المصاهرة كالوطء ، والثاني لا يحرم بها ما يحرم بالوطء ، لقوله تعالى فان لم تكونوا دخلتم بها فلا جناح عليكم ، ولأنها مباشرة لا توجب العدة فلا يتعلق بها التحريم كالمباشرة بغير شهوة ، وإن تزوج امرأة ثم وطئ أمها أو بنتها أو وطنها أبوه أو ابنه بشبهة انفسخ النكاح لأنه معنى يوجب تحريماً مؤبداً فإذا طرأ على النكاح أبطله كالرضاع .

(الشرح) الرابع المنصوص على تحريمهن بالمصاهرة ، فأما الزوجة والربيعة وحليلة الابن وحليلة الاب لقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء ، وقوله تعالى وأمهات نسائكم وربائكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن ، فأما أم الزوجة فإن الرجل إذا عقد النكاح على امرأة حرمت عليه كل أم لها حقيقة أو مجازاً من جهة النسب أو من جهة الرضاع سواء دخل بها أو لم يدخل وبه قال العلماء كإسناده إلا ما روى عن علي رضي الله عنه وأرضاه أنه قال : لا تحرم عليه إلا بالدخول بالبنت كالربيعة ، وبه قال مجاهد .

وقال زيد : الموت يقوم مقام الدخول . دليلنا قوله تعالى وأمهات نسائكم ، وبالعقد عليها تدخل في اسم نساء العاقد عليها وروى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي قال صلى الله عليه وسلم من نكح امرأة ثم طلقها قبل الدخول بها حرمت عليه أمها ولم تحرم عليه بنتها .

وأما الربيبة فهي بنت زوجته فإذا عقد النكاح على امرأة حرمت عليه ابنتها حقيقة ومجازاً من النسب والرضاع ثم الجمع ، فإن دخل بالأم حرمت عليه ابنتها على التأييد ، وإن ماتت الزوجة أو طلقها قبل الدخول بها جاز له أن يتزوج بابنتها ، وسواء كانت الربيبة في حجره وكمالته أو لم تكن ، وبه قال عامة أهل العلم وقال داود : إنما تحرم عليه الربيبة إذا كانت في حجره وكفالته ، فإن لم تكن في حجره وكفالته لم تحرم عليه ، وإن دخل بأمها . وروى ذلك عن علي بن أبي طالب وقال زيد بن ثابت : تحرم عليه إذا دخل بأمها أو ماتت .

دللنا ما روى عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من نكح امرأة ثم طلقها قبل الدخول بها حرمت عليه أمها ولم تحرم عليه ابنتها .

فأما التربية فلا تأثير لها في التحريم كنزبية الأجنبية ؛ وأما الآية فلم يخرج ذلك مخرج الشرط ، وإنما وصفها بذلك تعريفاً لها ، كأن العادة أن الربيبة تكون في حجره ، وأما حليمة الإبن ، فإن الرجل إذا عقد النكاح على امرأة حرمت على أب الزوج سواء دخل بها الزوج أو لم يدخل بها لقوله تعالى : وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم ، وبالمقد عليها يقع عليها اسم الحليمة ، وسواء كان ابنه حقيقة أو مجازاً ، وسواء كان ابنه من الرضاع حقيقة أو مجازاً لما ذكرناه في المحرمات من النسب .

فإن قيل : فقد قال الله تعالى : وحلائل أبنائكم الآية ، فدليل خطابه يدل على أنه لا تحرم حلائل الأبناء من الرضاع . فالجواب أن دليل الخطاب إنما يكون حجة إذا لم يعارضه نص وههنا نص أقوى منه فقدم عليه ، وهو قوله صلى الله عليه وسلم : يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة ، رواه أبو داود وغيره من حديث عائشة رضي الله عنها .

وأما حليمة الأب فإن الرجل إذا تزوج امرأة حرمت على ابن الزوج سواء دخل بها أو لم يدخل بها لقوله تعالى : ولا تنكحوا ما نكح آبؤكم من النساء إلا ما قد سلف ، ولا فرق بين الأب حقيقة أو مجازاً ، وسواء كان الأب من الرضاع حقيقة أو مجازاً لما ذكرناه في المحرمات من النسب والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن زنى بامرأة لم يحرم عليه نكاحها لقوله تعالى : وأحل لكم ما وراء ذلكم ، وروى عائشة رضى الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن رجل زنى بامرأة فأراد أن يتزوجها أو ابنتها ، فقال لا يحرم الحرام الحلال إنما يحرم ما كان بشكاح ولا تحرم بالزنا أمها ولا ابنتها ولا تحرم هي على ابنه ولا على أبيه للآية والخبر ، ولأنه معنى لا تصير به المرأة فراشاً فلم يتعلق به تحريم المصاهرة كالإباشة بغير شهوة ، وإن لاط بغلام لم تحرم عليه أمه وابنته للآية والخبر ، وإن زنى بامرأة فأتت منه بابنة فقد قال الشافعى رحمه الله أكره أن يتزوجها ؛ فإن تزوجها لم أفسخ ، فمن أصحابنا من قال : إنما كره خوفاً من أن تكون منه ، فعلى هذا إن علم قطعاً أنها منه بأن أخبره النبي صلى الله عليه وسلم في زمانه لم تحل له .

ومنهم من قال : إنما كره ليخرج من الخلاف ، لأن أبا حنيفة يحرمها ، فعلى هذا لو تحقق أنها منه لم تحرم ، وهو الصحيح ، لأنها ولادة لا يتعلق بها ثبوت النسب فلم يتعلق بها التحريم ، كالولادة لما دون ستة أشهر من وقت الزنا ، واختلاف أصحابنا في المنفية باللعان ، فمنهم من قال : يجوز للملاعن نكاحها لأنها منفية عنه فهي كالابنة من الزنا ، ومنهم من قال : لا يجوز للملاعن نكاحها لأنها غير منفية عنه قطعاً ، وهذا لو أقر بها ثبت النسب .

(الشرح) حديث عائشة أخرجه البيهقى فى السنن وضعفه وأخرجه ابن ماجه عن ابن عمر ، قال العلقمى : قال الدميرى : هذا يدل لمذهب الشافعى أن الزنا لا يثبت حرمة المصاهرة حتى يجوز للزاني أن ينكح أم المزني بها ، وقد ورد فى هذا المأني أحاديث لكل واحد منها مدلوله عند المخالفين فعن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الزانى المجلود لا ينكح إلا مثله ، رواه أحمد وأبو داود ، وقال فى الفتح رجاله ثقات .

وعن عبد الله بن عمرو ، أن رجلاً من المسلمين استأذن رسول الله (ص) فى امرأة يقال لها : أم مهزول كانت تسافح وتشرط له أن تنفق عليه فاستأذن

رسول الله صلى الله عليه وسلم أو ذكر له أمرها فقرا عليه نبي الله صلى الله عليه وسلم والزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك، رواه أحمد والطبراني في الكبير والأوسط، قال الهيثمي في مجمع الزوائد: ورجال أحمد ثقات.

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: أن مرثد بن أبي مرثد الغنوي كان يحمل الأسارى بمكة، وكان بمكة بنى يقال لها عناق وكانت صديقه قال: لحنت النبي صلى الله عليه وسلم فقلت: يا رسول الله أنكح عناقا؟ قال: فسكت عنى فزالت والزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك، فدعاني فقراها على وقال: لا تنكحها، رواه أبو داود والنسائي وأبو داود في سننه. ويكنز الجمع بين الأحاديث بأن المنع لمن كانت مستمرة في مزاولة البغاء يدل على هذا ما روى عن ابن عباس عند أبي داود والنسائي قال: جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: إن امرأتى لا تمنع بد لأمس قال: غريبها، قال: أخاف أن تتبعها نفسي قال فاستمتع بها، قال المنذرى: ورجال إسناده يحتاج بهم في الصحيحين.

وذكر الدارقطني أن الحسن بن واقد تفرد به عن عمارة بن أبي حفصة وأن الفضل بن موسى السعني تفرد به عن الحسن بن واقد، وأخرجه النسائي من حديث عبد الله بن عبيد الله بن عمير عن ابن عباس وبوب عليه في سننه تزويج الزانية وقال: هذا الحديث ليس بثابت، وذكر أن المرسل فيه أول بالصواب.

وقال الإمام أحمد: لا تمنع بد لأمس تعطى من ماله. قلت: فإن أبا عبيدة يقول: من الفجور، قال ليس عندنا إلا أنها تعطى من ماله، ولم يكن النبي صلى الله عليه وسلم ليأمره بأمساكها وهي تفجر، وسئل عنه ابن الأعرابي فقال: من الفجور. وقال الخطابي معناه الزانية وأنها مطاوعة لمن أرادها لا ترد يده. وعن جابر عند البيهقي بنحو حديث ابن عباس هذا، وفي الأدلة التي ساقوها ما يمنع أن تتزوج المرأة من ظهر منه الزنا، والرجل أن يتزوج من ظهر منها الزنا ويدل على ذلك قوله تعالى: وحرم ذلك على المؤمنين فإنه صريح في التحريم. قال ابن رشد: اختلفوا في قوله تعالى: وحرم ذلك على المؤمنين، هل خرج مخرج الذم

أو مخرج التحريم ، وهل الإشارة في قوله ذلك إلى الزنا أو إلى النكاح ، قال وإنما صار الجمهور إلى حمل الآية على الذم لا على التحريم لحديث ابن عباس الذي سقناه . وقد حكى الرويانى عن علي وابن عباس وابن عمر وجابر وسعيد بن المسيب وعروة والزهرى والعترة ومالك والشافعى وربيعة وأبي ثور أنها لا تحرم على من زنى بها قوله تعالى : وأحل لكم ما وراء ذلكم ، وقوله صلى الله عليه وسلم لا يحرم الحلال الحرام ، أخرجه ابن ماجه من حديث ابن عمر وحكى عن الحسن البصرى انه يحرم على الرجل نكاح من زنى بها على التأييد واستدل بالآية .

وحكى أيضاً عن قتادة وأحمد إلا إذا تابا لا ارتفاع سبب التحريم ، وأجاب عنه فى البحر بأنه أراد بالآية الزانى المشرک ، واستدل بقوله تعالى : أو مشرک ، قال وهى تحرم على الفاسق المسلم بالاجماع ، ولا يخفى ما فى هذا من تأويل يعطل قاعدة الآية إذ منع النكاح مع الشرك والزنا حاصل بغير الآية ، ويستلزم أيضاً امتناع عطف المشرک والمشرکة على الزانى والزانية

وقال فى البيان : إذا زنى بامرأة لم ينتشى به - هذا الزنا تحريم المصاهرة . فلا يحرم على الزانى نكاح المرأة التى زنى بها ولا أمها ولا ابنتها ولا تحرم الزانية على أبى الزانى ولا على أبنائه ، وكذلك إذا قبلها بشهوة حراماً ، أو لمسها أو نظر الى فرجها بشهوة حراماً .

ثم قال وانفرد الأوزاعى وأحمد رحمة الله عليهما انه إذا لاط بغلام حرم عليه بنته وأمه . وقال أبو حنيفة : إذا قبل امرأة بشهوة حراماً أو لمسها بشهوة حراماً أو كشف عن فرجها ونظر اليه تعاق به تحريم المصاهرة . وإن قبل أم امرأته انفسخ به نكاح امرأته . وإن قبل رجل امرأة ابنته انفسخ نكاح الأب . دليلنا قوله تعالى : وأحل لكم ما وراء ذلكم ، وقوله تعالى : وهو الذى خلق من الماء بشراً فجعله نسباً وصهراً ، فأثبت تعالى الصهر فى الموضع الذى أثبت فيه النسب . فلما لم يثبت بالزنا النسب فلم يثبت به الصهر . ولحديث عائشة وابن عمر مرفوعا عند البيهقى وابن ماجه : لا يحرم الحرام الحلال ، والعقد قبل الزنا حلال . وروى أن عمر رضى الله عنه جلد رجلاً وامراً وحرص أن يجمع بينهما فى النكاح .

وسئل ابن عباس رضى الله عنه عن رجل زنى بامرأة وأراد ان يتزوجها فقال
يجوز ، أرايت لو سرق رجل من كرم رجل ثم ابتاعه أكان يجوز ؟
(فرع) فإن زنى بامرأة فأنته بإبنته يمكن ان تكون منه بأن تأتي بها سنة
أشهر من وقت الزنا فلا خلاف بين أهل العلم انه لا يثبت نسبهم من الزانى ولا
يتوارثان ، وأما نكاحه لها فقد قال الشافعى رضى الله عنه أكره له ان يتزوجها
فإن تزوجها لم أفسخ .

واختلف أصحابنا فى العلة التى لا جملها كره للزانى ان يتزوج بها ، فمنهم من
قال إنما كره ذلك لينخرج من الخلاف ، فإن من الناس من قال لا يجوز له نكاحها
فهو هذا لو تحقق أنها من مائه بأن أخبره النبى صلى الله عليه وسلم فى زمانه أنها من
مائه لم يحرم عليه نكاحها ، لأن علة الكراهة حصول الاختلاف لا غير . ومنهم
من قال إنما كره له ذلك بإمكان ان يكون من مائه لأنه لم يتحقق ذلك ، فلو تحقق
أنها من مائه بأن أخبره النبى صلى الله عليه وسلم فى زمانه أنها من مائه لم يجوز له
تزوجها ، هذا مذهبنا وبه قال مالك

وقال ابو حنيفة واحمد لا يجوز له تزويجها ، واختلف أصحاب ابى حنيفة فى
علة تحريمها ، فقال المتقدمون من أصحابه إنما حرم نكاحها لكونها ابنة من زنى
بها لا أنها ابنته من الزنا ، وإنما الزنا عنده ثبت به تحريم المصاهرة على ما مضى .
فعلى هذا لا نحرّم على آباءه ولا أبنائه

وقال المتأخرون من أصحابه إنما حرم نكاحها لكونها مخلوقة من ماء ، فعلى هذا
نحرّم على آباءه وأبنائه ، وهذا اصح عندهم ، دليلنا أنها منفية عنه قطعاً بدليل انه
لا يثبت بينهما التوارث ولا حكم فى احكام الولادة ، فلم يحرم عليه نكاحها كالأجنبية
وان أكره رجل امرأة على الزنا فأت منه بإبنته فحكمه - كم ما لو طأعته على
الزنا لأنه زنا فى حقه

(فرع) وان أت امرأة بإبنته فنفاها باللعان - فان كان قد دخل بالزوجه لم
يجز له التزوج بإبنتها لأنها بنت امرأة دخل بها ، وان لم يدخل بالام فهل يجوز له
نكاح الابنة ؟ فيه وجهان (احدهما) يجوز له تزويجها لأنها منفية عنه فهي
كالابنة من الزنا .

(والثاني) لا يجوز له تزويجها لأنها غير منفية عنه قطعاً ، بدليل أنه لو أقر بها لحقته نسبتها ، والإبنة من الزنا لو عاد الزاني فأقر بنفسها لم يلحقه نسبها (فرع) وإن زنى رجل بزوجة رجل لم يفسخ نكاحها ، وبه قال عامة العلماء وقال علي بن أبي طالب : يفسخ نكاحها وبه قال الحسن البصري . دليلنا حديث ابن عباس في الرجل الذي قال للنبي صلى الله عليه وسلم : إن امرأتى لا ترد يد لامس ، وقد مضى تخريجه في أول الفصل ، فكفى الرجل عن الزنا بقوله ، لا ترد يد لامس ، ولم يحكم النبي (ص) بانهساخ نكاحها

(فرع) ولو قال رجل : أنا أحيط علماً أن لى في هذه البلدة امرأة يحرم على نكاحها بنسب أو رضاع أو صهر ولا أعلم عينها ، جاز له أن يتزوج من تلك البلدة لأن في المنع من ذلك مشقة ، كما لو كان في يد رجل صيد قنفط واختلط بصيد ناحية ولم يتميز ، فإنه لا يحرم على الناس أن يصطادوا من تلك الناحية ، وإن اختلطت هذه المرأة بعدد محصور من النساء قل ذلك العدد أو كثر حرم عايه أن يتزوج بواحدة منهم ، لأنه لا مشقة عليه في اجتناب التزويج من العدد المحصور هكذا أفاده ابن الحداد المصري من أصحابنا . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويحرم عليه أن يجمع بين أختين في النكاح لقوله عز وجل : وأن تجمعوا بين الأختين ، ولأن الجمع بينهما يؤدي إلى العداوة وقطع الرحم ، ويحرم عليه أن يجمع بين المرأة وعمتها وبين المرأة وخالتها لما روى أبو هريرة أن النبي (ص) قال : لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ، ولأنهما امرأتان لو كانت أحدهما ذكراً لم يحل له نكاح الأخرى ، فلم يحز الجمع بينهما في النكاح كالأختين : فإن جمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو بين المرأة وخالتها في عقد واحد بطل نكاحهما لأنه ليست أحدهما بأولى من الأخرى فيبطل نكاحهما ، وإن تزوج أحدهما بعد الأخرى بطل نكاح الثانية لأنها اختصت بالتحريم : وإن تزوج أحدهما ثم طلقها — فإن كان طلاقاً بائناً — حلت له الأخرى لأنه لم يجمع بينهما في الفراش ، وإن كان رجماً لم تحل لأنها باقية على الفراش .

وان قال أخرتن بانقضاء العدة وأنكرت المرأة لم يقبل قوله في إسقاط النفقة والسكنى لأنه حق لها ، ويقبل قوله في جواز نكاح أختها لأن الحق لله تعالى ، وهو مقلد فيها بينه وبينه ، فان نكح وثني وثنية ودخل بها ثم أسلم وتزوج بأختها في عدتها لم يصح .

وقال المازني : النكاح موقوف على اسلامها ، فان لم تسلم حتى انقضت العدة صح ، كما يقف نكاحها على اسلامها . وهذا خطأ لأنها جارية الى بينونة فلم يصح نكاح أختها كالرجعية ، ويخالف هذا نكاحها ، فإن الموقوف هناك الحل ، والنكاح يجوز ان يقف حله ولا يقف عقده ، ولهذا يقف حل نكاح المرتدة على انقضاء العدة ولا يقف نكاحها على الاسلام ، ويقف حل نكاح الرجعية على العدة ولا يقف نكاح أختها على العدة .

(الشرح) حديث أبي هريرة رواه أحمد والشيخان وصحاب السنن الأربعة والدارقطني . قال ابن عبد البر : أكثر طرقه متواترة عنه . وزعم قوم انه تفرد به وليس كذلك . قلت : رواه أحمد والبخاري والترمذي من حديث جابر . ونقل البيهقي عن الشافعي : ان هذا الحديث لم يرو من وجه يثبت به أهل الحديث الا عن أبي هريرة ، وما ذكرناه من رواية جابر يدفعه . قال البيهقي : هو كما قال الشافعي قد جاء من حديث علي وابن مسعود وابن عمر وابن عباس وعبد الله بن عمرو وأنس وأبي سعيد وعائشة ، وليس فيها شيء . على شرط الصحيح ، وإنما اتفقنا على اثبات حديث أبي هريرة . وأخرج البخاري رواية عامر عن الشعبي عن جابر وبين الاختلاف على الشعبي فيه ، قال الحفاظ يرون روايته عامر خطأ والصواب روايته ابن عون وداود بن أبي هند اهـ

قال الحفاظ بن حجر : وهذا الاختلاف لم يقدح عند البخاري لأن الشعبي أشهر بجابر منه بأبي هريرة ، وللهديث طريق أخرى عن جابر بشرط الصحيح أخرجهما النسائي من طريق ابن أبي جريج عن أبي الزبير عن جابر وقول من نقل عنهم البيهقي تضعيف حديث جابر معارض بتصحيح الترمذي وابن حبان وغيرهما له وكفى بتخريج البخاري له موصولا قوة

قال ابن عبد البر : كان بعض أهل الحديث يزعم أنه لم يرو هذا الحديث غير
أبي هريرة ، يعني من وجه يصح ، وكأنه لم يصح حديث الشعبي عن جابر وصححه
عن أبي هريرة والحديثان جميعاً صحيحان .

قال ابن حجر . وأما من نقل البيهقي أنهم روه من الصحابة غير هذين فقد
ذكر مثل ذلك الترمذي بقوله ، وفي الباب - لكن لم يذكر ابن مسعود ولا ابن
عباس ولا أنساً - وزاد بدلهم أبا موسى وأبا أمامة وسمرة ، قال وقع لي أيضاً من
حديث أبي الدرداء ومن حديث عتاب بن أسيد ومن حديث سعد بن أبي وقاص
ومن حديث زينب امرأة ابن مسعود . قال وأحاديثهم موجودة عند ابن أبي شيبة
وأحمد وأبي داود والنسائي وابن ماجه وأبي يعلى والبخاري والطبراني وابن حبان
وغبرهم ؛ ولولا خشية التطويل لأوردتها مفصلة . قال ولكن في لفظ حديث
ابن عباس عند أبي داود أنه كره أن يجمع بين المرأة على العمرة والحالة وقال إنك
إذا فعلت قطعتن أرحامك . اهـ

وأخرج أبو داود في المراسيل عن عيسى بن طلحة قال نهى رسول الله
صلى الله عليه وسلم عن أن تنكح المرأة على قرابتها مخافة القطيعة ، وأخرجه
أيضاً ابن أبي شيبة . وأخرج الحلال من طريق إسحاق بن عبد الله بن أبي طلحة
عن أبيه عن أبي بكر وعثمان أنهم كانوا يكرهون الجمع بين القرابة مخافة الضغائن
ولكن الأحاديث التي مضى لنا ذكرها تدل على تحريم الجمع بين من ذكر في حديث
أبي هريرة ، لأن ذلك هو معنى النهي حقيقة . وقد حكاه الترمذي عن عامة أهل
العلم . وقال لا أعلم بينهم اختلافاً في ذلك وكذلك حكاه الشافعي عن جميع المفتين
وقال لا اختلاف بينهم في ذلك .

وقال ابن المنذر لست أعلم في منع ذلك اختلافاً اليوم ، وإنما قال بالجواز فرقة
من الخوارج . وهكذا حكى الإجماع القرطبي واستثنى الخوارج . قال ولا يعتد
بمخلافهم . وهكذا نقل الإجماع ابن عبد البر ولم يستثن ، ونقل الإجماع ابن حزم
واستثنى عثمان البتي . ونقله النووي في الروضة والمنهاج واستثنى في الروضة طائفة
من الخوارج والشيعة . ونقله ابن دقيق العيد عن جمهور العلماء ولم يعين المخالف
أما أحكام الفصل فإن المنصوص على تحريمها بالجمع فهي أخت الزوجة ،

فلا يجوز للرجل أن يجمع بين الأختين في النكاح ، سواء ان كانتا أختين لأب وأم أو لأب أو لأم ؛ وسواء كانتا أختين من النسب أو من الرضاع لقوله تعالى : وأن تجمعوا بين الأختين ، الآية ؛ ولأن العادة جارية ان الرجل اذا جمع طهرتين تباغضا وتحاسدا وتبعت كل واحدة عيوب الأخرى وعوراتها ، فلو جوزنا الجمع بين الأختين لآدى ذلك إلى تباغضهما وتحاسدهما فيكون في ذلك قطع الرحم بينهما ولا سبيل إليه ، وهو إجماع لا خلاف فيه ، فإن تزوجهما معاً في عقد واحد لم يصح نكاح واحدة منهما ، لأنه لا مزية لأحدهما على الأخرى ، فبطل الجمع كما لو ابتاع درهمين بدرهمين ، وان تزوج إحداهما ثم تزوج الثانية بطل نكاح الثانية دون الأولى ، لأن الجمع اختص بالثانية

(فرع) ويحرم عليه الجمع بين المرأة وعمتها الحقيقية والمجاز من الرضاع أو من النسب ، ويحرم عليه الجمع بين المرأة وخالتها الحقيقية والمجاز من الرضاع أو من النسب . دليلنا ما سقناه من أحاديث بلغت حد التواتر من طرفها الأول الى مخرجها ومدونها .

قال العمراني من أصحابنا . ولأن كل امرأتين منهما لو قلبت إحداهما ذكراً لم يحز له ان يتزوج بالأخرى بالنسب ، فوجب ان لا يجوز الجمع بينهما في النكاح كالأختين ، ولا يجوز أن يجمع بين المرأة وخالة أمها أو عمه أمها . اهـ . ويجوز الجمع بين امرأة كانت لرجل وبين ابنة زوجها الأولى من غيرهما . وقال ابن أبي ليلى : لا يجوز لأنه لو قلبت ابنة الرجل ذكراً لم يحل له نكاح امرأة ابنة فها كالأختين .

دليلنا قوله تعالى : وأحل لكم ما وراء ذلكم ، لأنه لو قلبت امرأة الرجل ذكراً حل له نكاح الأخرى ؛ وبخالف الأختين لأنه لو قلبت كل واحدة منهما ذكراً لم يحل له الأخرى ، ويجوز ان يجمع بين المرأة وبين زوجة أبيها لأنه لا قرابة بينهما ولا رضاع ، وكذلك اذا تزوج رجل له ابنة - امرأة لها ابنة فيجوز لآخر ان يجمع بين ابنة - الزوج وابنة - الزوجه ، لأنه اذا جاز ان يجمع بين المرأة وبين ابنة - ضرتهما لأنه لا قرابة بينهما ولا رضاع

وإن تزوج رجل له ابن بامرأة لها ابنة جاز لابن الزوج أن يتزوج بابنة الزوجة لما روى أن رجلاً له ابن تزوج امرأة لها ابنة ففجر الغلام بالصبيبة فسألهما عمر رضى الله عنه فاعترفا لجلدهما وعرض أن يجمع بينهما ، فأبى الغلام ، ولأنه لا نسب بينهما ولا رضاع .

فان قيل : ليس الرجل لو أولد من المرأة ولداً كان أختاً له فكيف يجوز له أن يتزوج بأخت أخيه ؟ قلنا : إنه لا يجوز له التزوج بأخت نفسه ، فأما بأخت أخيه فلا يمنع منه ، فان رزق كل واحد منهما ولداً من امرأته كان ولد الأب ثم ولد الابن وخاله ، فان تزوج بامرأة وتزوج ابنته بأمها جاز ، لأن أمها محرمة على أبيه دونه ، فان رزق كل واحد منهما ولداً كان ولد الأب عم ولد الابن وولد الابن خال ولد الأب .

(فرع) وإن تزوج بامرأة ثم طلقها وأراد أن يتزوج بأختها أو عمتها أو خالتها أو تزوج أربع نسوة وطلقهن وأراد أن ينكح أربعاً غيرهن أو طلق واحدة منهن وأراد أن يتزوج غيرها — فان كان الطلاق قبل الدخول — يصح تزويجه بلا خلاف ، لأنه لا عدة له على المطلقة ، وإن كان بعد الدخول — فان كان الطلاق رجعياً — لم يصح تزويجه قبل انقضاء العدة ، لأن المطلقة في حكم الزوجات ، وإن كان الطلاق بائناً صح تزويجه عندنا قبل انقضاء العدة ، وبه قال زيد بن ثابت رضى الله عنه والزهري ومالك .

وقال الثوري وأبو حنيفة : لا يصح ، وروى ذلك عن علي وابن عباس . دليلنا أن المطلقة بائن منه لحاز له عقد النكاح على أختها كالبائن قبل الدخول .

(فرع) قال الشافعي في الأم : فان تزوج رجل امرأة فطلقها طلاقاً رجعياً ثم قال الزوج : قد أخبرتني بانقضاء عدتها فأنكرت لم يقبل قوله في إسقاط نفقتها وكسوتها وسائر حقوقها ، لأنه حق لها فلم يقبل قوله في إسقاطه ، وإن أراد أن يتزوج بأختها أو عمتها وصداقته التي تزوجها على ذلك صح تزويجه ، لأن الحق لله تعالى وهو مقدر فيما بينه وبينه .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ومن حرم عليه نكاح امرأة بالنسب له أو بالمصاهرة أو بالجمع حرم عليه وطؤها بملك اليمين لانه إذا حرم النكاح فلأن يحرم الوطء وهو المقصود أولى وإن ملك أخين فوطئ أحدهما حرمت عليه الأخرى حتى تحرم الموطوءة ببيع أو عتق أو كتابة أو نكاح . فإن خالف ووطئها لم يعد إلى وطنها حتى تحرم الأولى ، والمستحب أن لا يطأ الأولى حتى يستبرأ الثانية حتى لا يكون جامعاً للنساء في رحم أختين ، وإن تزوج امرأة ثم ملك أختها لم تحل له المملوكة ، لأن أختها على فراشه ، وإن وطئ مملوكة ثم تزوج أختها حرمت المملوكة وحلت المأثورة ، لأن فراش المملوكة أقوى ، لانه يملك به حقوق لا تملك بفراش المملوكة من الطلاق والظهار والإيلاء والأمان . فثبت الأقوى وسقط الاضغاف كذلك اليمين لما ملك به ما لا يملك بالنكاح من الرقبة والمنفعة إذا طرأ على النكاح ثبت وسقط النكاح

(فصل) وما حرم من النكاح والوطء بالقرابة حرم بالرضاع ، لقوله تعالى : وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة ، فنص على الأم والأخت وقسنا عليهما من سواهما ، وروى عائشة رضي الله عنها أن النبي (ص) قال : يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة .

(فصل) ومن حرم عليه نكاح امرأة على التأييد برضاع أو نكاح أو وطء مباح صار لها محرماً في جواز النظر والخلو ، لأنها محرمه عليه على التأييد بسبب غير محرم فصار محرماً لها كالأم والبنت ، ومن حرمت عليه بوطء شبهة لم يصير محرماً لها لأنها حرمت عليه بسبب غير مباح ؛ ولم تلحق بذوات المحارم والانساب

(الشرح) حديث عائشة رضي الله عنها مضي تخريجه .

أما الأحكام : فإن الشرع ساوى بين الأمة والحرة في تحريم الجمع بين الأختين كما لا يحل له نكاحها بنسب أو رضاع أو مصاهرة ، لم يحل له وطؤها واسم النكاح يقع على الوطء ، ولأن المقصود بعقد النكاح هو الوطء ، فإذا حرم عقد النكاح

فلأن يحرم الوطء أولى ، ويسرى على الإماء تحريم الجمع بين المرأة وعمتها والمرأة وخالتها في الوطء ، وإن كان يحل في الملك ، لأن الاستمتاع ليس غاية الملك ، وإنما المقصود بالملك المنفعة وما ذكره المصنف فعلى وجهه .

(مسألة) إذا حرم عليه نكاح المرأة على التأييد بنكاح أو رضاع أو وطء مباح صار محرماً لها في جواز النظر والخلو ، لأنها محرمة عليه على التأييد بسبب غير محرم فصار محرماً لها كالأم والابنة ، وإن حرم عليه نكاحها بوطء شبهة فهل يصير محرماً له ؟ فيه قولان حكاهما الصيغرى ، المشهور أنها لا تصير محرماً له لأنها حرمت عليه بسبب غير مباح فلم يلحق بذوات الأنساب . والثاني : أنها تصير محرماً له لأنها لما ساوت من وطئت وطئاً مباحاً في تحريم النكاح ولحوق النسب من هذا الوطء ساوتها في الخلو والنظر .

(مسألة) إذا وطئ الرجل امرأة بملك صحيح أو بشبه ملك أو بشبهة عقد نكاح أو وطئها زوجة أو أمة حرمت عليه أمهاتها وبناتها على التأييد لأنه وطء يتعلق به لحوق النسب فتعلق به تحريم المصاهرة كالوطء في النكاح ، ولأنه معنى يصير به المرأة فراشاً فتعلق به تحريم المصاهرة كعقد النكاح ، وهذا هو المشهور من المذهب .

وحكى المسمودي قولاً آخر أنه لا يتعلق به تحريم المصاهرة بوطء شبهة ، وليس بشيء عن أصحابنا منهم صاحب البيان وغيره .

وإن باشر امرأة دون الفرج بشهوة في ملك أو شبهة بأن قبلاها أو لمس شيئاً من بدنهما فهل يتعلق بذلك تحريم المصاهرة وتحرم عليه الربيبة على التأييد ؟ فيه قولان (أحدهما) يتعلق به التحريم ، وبه قال أبو حنيفة ومالك . وقال : أنه روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه وليس له مخالف في الصحابة ، ولأنه تلذذ بمباشرة فتعلق به تحريم المصاهرة والربيبة كالوطء ، فقولنا : تلذذ احتراز من المباشرة بغير شهوة ، وقولنا : بمباشرة احتراز من النظر .

(والثاني) لا يتعلق به تحريم المصاهرة ولا الربيبة ، وبه قال أحمد بن حنبل لقوله تعالى « وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن ، وهذا

ليس بدخول ، ولأنه لمس لا يوجب الغسل فلم يتعلق به تحريم كالمباشرة غير شهوة وإن نظر إلى فرجها بشهوة لم يتعلق به تحريم المصاهرة ولا تحريم الريبة . وقال الثوري وأبو حنيفة : يتعلق بها التحريم ؛ وحكاها المسعودي قولا آخر للشافعي وليس بمشهور . دأبنا أنه نظر إلى بعض بدنهما فلم يتعلق به التحريم كما لو نظر إلى وجهها .

(فرع) وإن تزوج امرأة ثم وطئ بنتها أو أمها بشبهة أو وطئ الأب زوجة الابن بشبهة أو وطئ الابن زوجة الأب بشبهة انفسخ النكاح ، لأنه معنى بوجوب تحريماً مؤبداً ، فإذا طرأ على النكاح أبطله كالرضاع .

إذا ثبت هذا : فإن تزوج رجل امرأة ؛ وتزوج ابنه ابنتها ، وزفت إلى كل منهما زجة صاحبه ووطئها ولم يعلمها ، فإن الأول لما وطئ غير زوجته منهما لزم لها مهر مثلها وانفسخ نكاح الموطوءة من زوجها لأنها صارت فراشا لآبيه أو ابنه ، ويجب عليه الغرم لزوجها ، لأنه حال بينه وبين بضع امرأة ، وفيما يلزمه قولان (أحدهما) جميع مهر المثل (والثاني) نصفه ، كالقولين فيما يلزم المهرضة لزوج الرضيعة إذا انفسخ النكاح بإرضاع ، وينفسخ نكاح الواطئ الأول من زوجته لأن أمها أو ابنتها صارت فراشاً له ، فيجب عليه لامرأته نصف المسمى لأن الفرقة جاءت من جهته .

وأما الواطئ الثاني فيلزمه مهر المثل للتي وطئها ، ولا يجب عليه لزوجها شيء . لأنه لم يحل بينه وبين بضعها لأن الحيلولة بينهما حصلت بوطئ الأول ، ولا يجب على الثاني زوجته أيضاً شيء ، لأن الفرقة بينهما جاءت من قبلهما بتمكينهما الأول من نفسها ، فإن عرف الأول منهما أو الثاني ، تعلق بوطئ كل واحدة منهما مهر المثل على الذي وطئها وينفسخ النكاحان ، ويجب لكل واحدة منهما على زوجها نصف المسمى لها ، لأننا نتيقن وجوبه فلا يسقط بالشك ولا يرجع أحدهما على الآخر بشيء ، لأن ذلك إنما وجب للثاني على الأول ولم يعلم الأول من الثاني ، ويجب على كل واحدة منهما العدة ، وإن جاءت كل واحدة بولد لحق الولد بواطئها ولا حد على أحدهما وهذا إن كان الواطئ والموطوءة جاهلين بالتحريم ، وإن

كانت جاهلة وهو عالم بالتحريم ثبت لها المهر ولا حد عليها ولا يجب عليها عدة ، ولا يلحقه النسب ، ولا يثبت بهذا الوطء تحريم المصاهرة ، ويجب على الواطيء الحد ، وان كان الواطيء جاهلاً بالتحريم والمرأة عالمة بالتحريم وجب عليها العدة ولحق النسب به وثبت به تحريم المصاهرة ولا حد عليه ولا مهر لها وعليها الحد وجوباً .

(فرع) وان تزوج رجل امرأة ثم تزوج أخرى فوطيء احدهما ثم بان أن احدهما أم الاخرى . فان نكاح الاول صحيح لانه لم يتقدمه ما يمنع صحته ، ونكاح الثانية باطل ، لان نكاح الاول يمنع نكاح الثانية .

وأما الواطيء فان كان وطيء الاول فقد صادف وطؤه زوجته واستقر به المسمى لها ، ويفرق بينه وبين الثانية ، وتحرم عليه على التأبيد ، لأنها ان كانت هي البنت فقد وطيء أمها ، وان كانت هي الام فقد عقد على بنتها ووطئها ، وان كانت الموطوءة هي الثانية وجب لها عليه مهر مثلها وانفسخ نكاح الاول وحرمت عليه على التأبيد ، لأنها ثبت من وطئها بشبهة أو أمها ، ووجب عليه الاول نصف المسمى لها لأن الفسخ من جهته ، وهل يجوز أن يتزوج الثانية الانفراد ؟ ينظر فيه ، فان كانت البنت جاز له أن يتزوجها لأنها ربيبة لم يدخل بأمها ، وان كانت الام لم يحز له تزويجها ، لانه قد عقد النكاح على ابنتها ، وان وطئها جميعاً ثم بان أن احدهما أم الاخرى فان وطيء أولاً المنكوحه أولاً فقد صادف وطؤه زوجته فاستقر به عليه مهر مثلها المسمى ، فلما وطيء الثانية لزم لها مهر مثلها وانفسخ نكاح الاول بوطء الثانية ، ولا يسقط من مهر الاول شيء ، لان الفسخ وقع بعد الدخول .

وان وطيء أولاً المنكوحه ثانياً ثم وطيء بعدها المنكوحه أولاً ، فان لما وطيء المنكوحه ثانياً أولاً لزمه لها مهر مثلها وانفسخ بهذا الوطء نكاحه من زوجته وهي المنكوحه أولاً ولزمه لها نصف المهر المسمى ، فاذا وطيء المنكوحه أولاً بعد ذلك لزمه بهذا الوطء مهر مثلها ، وان اشكل الامر فلم يعلم المنكوحه أولاً من المنكوحه ثانياً ، ووطيء احدهما ، وقف عنهما لجواز ان تكونا محرمتين عليه على التأبيد ، فان كانت الموطوءة تعلم عنهما وجب لها اقل الامرين من مهر

المثل أو المسمى لها لأنها تستحق ذلك بيقين ، لأنها إن كانت هي المنكوبة أولاً فلم المسمى ، وإن كانت هي المنكوبة ثانياً فلم المثل وتوافق الزيادة حتى تتبين ، وإن كانت الموطوءة أيضاً مشكلة وقف أقل الممرين بينهما حتى يتبين أو يصطلحا . والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويحرم على المسلم أن يتزوج ممن لا كتاب له من الكفار ، كعبدة الأوثان ومن ارتد عن الإسلام ، لقوله تعالى : ولا تتكحروا المشركات حتى يؤمنن ، ويحرم عليه أن يوطأ إمامهم بملك اليمين ، لأن كل صنف حرم وطء حرائرهم بعقد النكاح حرم وطء إمامهم بملك اليمين كالأخوات والعلمات ، ويحل له نكاح حرائر أهل الكتاب ، وهم اليهود والنصارى ومن دخل في دينهم قبل التبديل لقوله تعالى : وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم ، ولأن الصحابة رضی الله عنهم تزوجوا من أهل الذمة ، فتزوج عثمان رضي الله عنه نائلة بنت الفرافصة الكلبية وهي نصرانية وأسلمت عنده ، وتزوج حذيفة رضي الله عنه بيهودية من أهل المدائن ، وسئل جابر رضي الله عنه عن نكاح المسلم اليهودية والنصرانية فقال : تزوجنا . من زمان الفتح بالكوفة مع سعد بن أبي وقاص ، ويحل له وطء إمامهم بملك اليمين ، لأن كل جنس حل نكاح حرائرهم حل وطء إمامهم كالمسلمين ، ويكره أن يتزوج حرائرهم وأن يوطأ إمامهم بملك اليمين ؛ لأننا لا نأمن أن يميل إليها فتفتنه عن الدين أو يتولى أهل دينها ، فإن كانت حربية فالكرهية أشد ، لأنه لا يؤمن ما ذكرناه ، ولأنه يكثر سواد أهل الحرب ، ولأنه لا يؤمن أن يسبي ولده منها فيسترق .

(فصل) وأما غير اليهود والنصارى من أهل الكتاب ، كمن يؤمن بزور داود عليه السلام وصحف شيث ، فلا يحل للمسلم أن ينكح حرائرهم ولا أن يوطأ إمامهم بملك اليمين لأنه قيل أن ما معهم ليس من كلام الله عز وجل وإنما هو شيء نزل به جبريل عليه السلام كالأحكام التي نزل بها على النبي صلى الله عليه وسلم

من غير القرآن ، وقيل ان الذي معهم ليس بأحكام وانما هي مواضع : والدليل عليه قوله تعالى : انما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا ، ومن دخل في دين اليهود والنصارى بعد التبديل لا يجوز المسلم أن يشكح حرائرهم ولا أن يطا امامهم بملك اليمين لانهم دخلوا في دين باطل فهم ، كن ارتد من المسلمين ، ومن دخل فيهم ولا يعلم أنهم دخلوا قبل التبديل أو بعده كنهاري العرب وهم تنوخ وبنو تغاب وبهراء لم يحل نكاح حرائرهم ولا وطء امامهم بملك اليمين ، لان الاصل في الخروج المحظر فلا تستباح مع الشك

(الشرح) قال الشافعي رضي الله عنه : وأهل الكتاب الذين يحل نكاحهم اليهود والنصارى دون المجوس ، وجلة ذلك أن المشركين على ثلاثه أضرب : ضرب لهم كتاب وضرب لا كتاب لهم ولا شبهة ، وضرب لهم شبهة كتاب ، فأما الضرب الذين لهم كتاب فاليهود والنصارى : وليس بين أهل العلم اختلاف في حرائر أهل الكتاب .

ومن روى عنه ذلك عمر وعثمان وطلحة وحذيفة وسلمان وجابر وغيرهم . قال ابن المنذر : ولا يصح عن أحد من الاوائل أنه حرم ذلك . وروى الحلال بإسناده أن حذيفة وطلحة والجارود بن المعلى وأذينة العبد تزوجوا نساء من أهل الكتاب ، وبه قال سائر أهل العلم ، وحرمة الامامية تمسكاً بقوله تعالى : ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ، وقوله تعالى : ولا تمسكوا بهنم الكوافر ،

دليلنا قوله تعالى : يستلونك ماذا أحل لهم ، قل أحل لكم الطيبات — الى قوله تعالى — والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم ، قال ابن عباس : هذه الآية نسخت قوله تعالى : ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ، لان المائدة نزلت بعد البقرة ، وقد نكح عثمان نصرانيه ، ونكح حذيفة يهوديه ، وسئل جابر ابن عبد الله عن نكاح المسلم اليهوديه والنصرانيه فقال : تزوجناهن بالكوفة عام الفتح ، يعني فتح العراق ، اذ لم نجد مسلماً ، فلما انصرفنا طلقناهن ، نساؤهم حل لنا ونساؤنا يحرم عليهم .

وأما من لا كتاب لهم ولا شبهة كتاب فهم عبدة الاوثان : وهم قوم يعبدون

ما يستحسنون من حجر وحيوان وشمس وقمر ونار وأنهار وأشجار ولا يجوز إقرارهم على دينهم ولا يجوز نكاح حرائرهم، وإن ملكت منهم أمة لم يحل وطؤها بمالك البيهقي وقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن، وقوله تعالى ولا تمسكوا بهنم الكوافر، فيحرم نكاح المشركات ثم نسخ منه نكاح أهل الذمة على قول من يجعل الاستثناء من العام نسخاً في قدره، وبقي الباقي منهم على عموم التحريم.

وأما من لهم شبهة كتاب وهم المجوس - ولا خلاف أنه ليس لهم كتاب موجود - وهل كان لهم كتاب ثم رفع؟ فيه قولان يأتيان في موضعهما إن شاء الله إذا ثبت هذا فيجوز إقرارهم على دينهم ببذل الجزية، ولا يحل نكاح حرائرهم. وحكى عن أبي إسحاق المروزي أنه قال: إذا قلنا إن لهم كتاباً حل نكاح حرائرهم والأول هو المذهب. وقد ذهب ابن حزم إلى جواز نكاح حرائرهم في كتابه الفصل في الملل والأهواء والنحل بناء على وجوب الجزية عليهم، وهو أخذ بالقياس الذي يرفضه ويحمل عليه في جميع كتبه التي تدور كلها على ذم القياس وتزييفه ودحضه.

ودليلنا قوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن، وقوله تعالى ولا تمسكوا بهنم الكوافر، وهذا عام في كل مشركة إلا ما قام عليه دليل وهو أهل الكتاب، وهؤلاء غير متمسكين بكتاب فلم تحل منا كحتهم. وقال إبراهيم الحربي روى عن بضعة عشر نفساً من الصحابة رضى الله عنهم أنهم قالوا: لا يحل لنا نكاح نسائهم. وقال أبو ثور: يحل لنا نكاح حرائرهم قياساً على الجزية. وقد قلنا إن هؤلاء ليسوا أهل كتاب فلم تحل منا كحتهم ولا أكل ذبائحهم كعبدة الأوثان. وأما قول أبي إسحاق من أصحابنا وأبي ثور من الفقهاء فغير صحيح، لأنه لو جاز نكاحهم على القول بأن لهم كتاباً لحل قتالهم على القول الذي يقول: لا كتاب لهم. هكذا أقاده العمراني في البيان.

(فرع) فأما المتمسكون بالكتب التي نزلت على الأنبياء صلوات الله عليهم كمن تمسك بصحف إبراهيم وزبور داود وشيث عليهم السلام، فلا يحل نكاحهم ولا وطء الإماء منهم بمالك البجلي، ولا يحل أكل ذبائحهم؛ وعلى الشافعي أن الله عنه ذلك بعلمين أحدهما أن تلك الكتب ليس فيها أحكام، وإنما هي

مواظف فلم تثبت لها حرمة . والثانية : أنها ليست من كلام الله سبحانه وتعالى ، وإنما كانت وحياً منه وقد يوحى ما ليس بقرآن كما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : أتاني جبريل يأمرني أن أجهر ببسم الله الرحمن الرحيم ، ولم يكن ذلك قرآناً وكلاماً من الله تعالى ، هكذا ذكر الشيخ أبو حامد وأفاده العمراني .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) واختلاف أصحابنا في السامرة والصابئين ، فقال أبو اسحاق : السامرة من اليهود والصابئون من النصارى ، واستفتى القاهر أبا سعيد الاصطخري في الصابئين فأفتى بقتلهم لأنهم يعتقدون أن الكواكب السبعة مدبرة ، والمذهب أنهم أن وافقوا اليهود والنصارى في أصول الدين من تصديق الرسل والايان بالكتب كانوا منهم ، وإن خالفوهم في أصول الدين لم يكونوا منهم وكان حكمهم حكم عبدة الاوثان . واختلفوا في المجوس ، فقال أبو ثور يحل نكاحهم لأنهم يقرون على دينهم بالجزية كاليهود والنصارى .

وقال أبو اسحاق : ان قلنا انهم كان لهم كتاب حل نكاح حرائرهم ووطء اماتهم والمذهب انه لا يحل لأنهم غير متمسكين بكتاب فهم كعبدة الاوثان . وأما حقن الدم فلأن لهم شبهة كتاب والشبهة في الدم تقتضي الحقن وفي البضع تقتضي الحظر . وأما ما قال أبو اسحاق فلا يصح لأنه لو جاز نكاحهم على هذا القول لجاز قتلهم على القول الآخر .

(فصل) ويحرم عليه نكاح من ولد بين وثني وكنابيه لأن الولد من قبيلة الاب ولهذا ينسب اليه ويشرف بشرفه ، فكان حكمه في النكاح حكمه ، ومن ولد بين كتابي ووثنيه ففيه قولان (أحدهما) أنها لا تحرم عليه ، لأنها من قبيلة الاب ، والاب من أهل الكتاب (والثاني) أنها تحرم لأنها لم تتمحض كنابيه فأشبهت المجوسية .

(الشرح) الاحكام : السامرة والصابئون . قال الشافعي رضي الله عنه في موضع : السامرة صنف من اليهود ، والصابئون صنف من النصارى ، وتوقف الشافعي رضي الله عنه في موضع آخر في حكمهم ، فقال أبو اسحاق : إنما توقف

في حكمهم قبل أن يتيقن أمرهم ، فلما تيقن أمرهم الحقهم بهم . وحكى أن القاهر
العباسي استفتى في الصابئة فأفتاه أبو سعيد الاصطخري أنهم ليسوا من أهل
الكتاب . لأنهم يقولون : إن الفلك حي ناطق ، وإن الأنجم السبعة آلهة ، وهما
الشمس والقمر والمشترى (جوبتير) وزحل والمريخ وزهرة وعطارد ، فأقن
بضرب رقابهم لجمعهم القاهر ليقتلهم فبدلوا له مالا كثيراً فتركهم . ودؤلاه
يتفقون مع قدماء اليونان في عبادة الزهرة والمريخ ، وفيئوس إله الجمال واكوس
إله النبيذ وجوبتير ، أما السامريون فيقال أنهم أصحاب موسى السامري وقبيله .
وهم يقطنون نابلس من أرض فلسطين - كشف الله البلاء عنها وأزاح غمها ،
وفرج الكروب الملة ، والشكيات المدلحة التي حاقت بالقدس الشريف

وعليها أن ننظر في أمر الفريقين فإن كانوا يخالفون اليهود والنصارى في
أصول دينهم فليسوا منهم ، وإن كانوا يوافقونهم - ولا أظن الصابئين يوافقونهم
في أصول دينهم ويخالفونهم في الفروع فهم منهم ، كما أن المسلمين ملّة واحدة
لا تفاقم في أصول الدين ، وإن اختلفوا في الفروع

وقال المقرئ : اعلم أن طائفة السمرة ليسوا من بني إسرائيل البتة ، وإنما
هم قوم قدموا من المشرق وسكنوا بلاد الشام وتهودوا ، إلى أن قال : وعرفوا
بين الأمم بالسامرة لسكنائهم بمدينة شمعون ، وشمعون هذه هي مدينة نابلس .

(مسألة) قال الشافعي رضي الله عنه : ولا أكره نساء أهل الحرب إلا لئلا
يفتن مسلماً عن دينه ، وجملة ذلك أن الحربية من أهل الكتاب يجوز نكاحها
اعتباراً بالكتاب دون الدار .

إذا ثبت هذا فإنه يكره للمسلمين نكاح الكتابية بكل حال ، لأنه لا يؤمن أن
تفتنه عن دينه ، أو تززع عقيدة أبنائه منها وإطالما رأينا ما حدين وخونة وعملاء
يرجع سبب ذلك إلى تأثرهم بأموالهم غير المسلمين أو خلطائهم من بطون على
الاسلام كشحاً ، ولا يودون لآمتهم هراً ، فيزلزون المثل الرفيع في ضمائر هؤلاء
المتفرنجين ، فينقلبون حرباً على أمتهم وعلى عقائدها وشرائعها ، وقد كثرت
جرائم هذا الصنف من الزواج الغر الجحول حتى تفشت مضاره فمدت - كرمه -

مصر قانونا بحظر الزواج من هؤلاء الاجنبيات على ضباط القوات المسلحة ،
وعلى رجال السلك الدبلوماسي من السفراء والقناصل والمفوضين ومن اليهم حتى
لا تتسرب أسرارنا الى العدو ، وهذا يدل على بعد نظر الإمام الشافعي رضي الله
عنه ودقته فهمة وقوة اجتهاده حين كره ذلك لجميع أفراد الامة ولم يفرق بين فئة
وأخرى ، لان كل مسلم على ثغرة من ثغور الإسلام

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يحل له نكاح الامة الكتابية لقوله تعالى : ومن لم يستطع
منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فيما مملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات ،
ولأنها ان كانت لكافر استرق ولده منها ، وان كانت لمسلم لم يؤمن أن يبيعها من
كافر فيسترق ولده منها

وأما الامة المسلمة فإنه ان كان الزوج حراً نظرت فإن لم يخش العنت وهو
الزنا لم يحل له نكاحها لقوله تعالى : ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات
المؤمنات فيما مملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات ، الى قوله عز وجل : ذلك لمن خشي
العنت منكم ، فدل على انها لا تحل لمن لم يخش العنت ، وان خشي العنت ولم
تكن عنده حرة ولا يجد طولا ، وهو ما يتزوج به حرة ، ولا ما يشتري به أمة
جاز له نكاحها للآية ، وان وجد ما يتزوج به حرة مسلمة لم يحل له نكاح الامة
لقوله تعالى : ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فيما مملكت
أيمانكم ، فدل على أنه اذا استطاع ما ينكح به محصنة مؤمنة أنه لا ينكح الامة ،
وان وجد ما يتزوج به حرة كتابية أو يشتري به أمة ففیه وجهان

(أحدهما) يجوز ، لقوله تعالى : ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح
المحصنات المؤمنات فيما مملكت أيمانكم ، وهذا غير مستطیع أن ينكح
المحصنات المؤمنات (والثاني) لا يجوز ، وهو الصحيح ، لقوله تعالى : ذلك لمن
خشى العنت منكم ، وهذا لا يخشى العنت . وان كانت عنده حرة لا يقدر على وطئها
لهنر أو لرتق أو اضنى من مرض ففیه وجهان

(أحدهما) يحل له نكاح الأمة ، لأنه يخشى العنت .

(والثاني) لا يحل ، لأن تحته حرة فلا يحل له نكاح الأمة ، والصحيح هو الأول ، فإن لم تكن عنده حرة ولم يقدر على طول حرة وخشى العنت فتزوج أمة ثم تزوج حرة أو وجد طول حرة أو أمن العنت لم يبطل نكاح الأمة . وقال المازني إذا وجد صداق حرة بطل نكاح الأمة ، لأن شرط الإباحة قد زال ، وهذا خطأ ، لأن زوال الشرط بعد العقد لا حكم له كالأمن العنت بعد العقد ، وإن كان الزوج عبداً حل له نكاح الأمة : وإن وجد صداق حرة ولم يخف العنت لأنها مساوية له فلم يقف نكاحها على خوف العنت وعدم صداق الحرة كالحررة في حق الحر

(فصل) ويحرم على العبد نكاح مولاه ، لأن أحكام الملك والنكاح تتناقض فإن المرأة بحكم الملك تطالبه بالسفر إلى المشرق ، والعبد بحكم النكاح يطالبها بالسفر إلى المغرب ، والمرأة بحكم النكاح تطالبه بالنفقة ، والعبد بحكم الملك يطالبها بالنفقة ، وإن تزوج العبد حرة ثم اشتريته أنفسخ النكاح ، لأن ملك البين أقوى لأنه يملك به الرقبة والمنفعة ، فأسقط النكاح ، ويحرم على المولى أن يتزوج أمته لأن النكاح يوجب للمرأة حقوقاً يمنع منها ملك البين فيبطل ، وإن تزوج جارية ثم ملكها أنفسخ النكاح لما ذكرناه في العبد إذا تزوج حرة ثم اشتريته .

(فصل) ويحرم على الأب نكاح جارية ابنه لأن له فيها شبهة تسقط الحد بوطئها فلم يحل له نكاحها كالجارية المشتركة بينه وبين غيره ، فإن تزوج جارية أجنبي ثم ملكها ابنه ففيه وجهان (أحدهما) أنه يبطل النكاح لأن ملك الابن كملكه في إسقاط الحد وحرمة الاستيلاد فكان كملكه في إبطال النكاح (والثاني) لا يبطل لأنه لا يملكها بملك الابن فلم يبطل النكاح .

(الشرح) لا يجوز للحر المسلم نكاح الأمة المشتركة سواء كانت وثنية أو كناية وقال أبو حنيفة يجوز له نكاح الأمة الكناية ، دليلنا قوله تعالى : ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فما ملكت أيما منكم من فتياتكم المؤمنات ، الآية ، فدل على أنه لا يجوز نكاح الفتيات غير المؤمنات ، ويجوز للحر المسلم أن ينكح الأمة المسلمة بشرطين .

(أحدهما) أن يكون عادماً للطبوع وهو مهر حرة المحصنة . والمحصنات هنا
 من الحرائر ولو كن أبكاراً ، والمحصنات أيضاً المزوجات والمحصنات العفائف ،
 أحصنت المرأة عفت عن الزنا ، وكل امرأة عفيفة محصنة ومحصنة ، وكل امرأة
 موزوجة محصنة بالفتح فقط ، والحصان بفتح الحاء المرأة العفيفة ، ولعل اللفظ
 مأخوذ في الأصل من الحصن وهو المكان الذي لا يقدر عليه لارتفاعه ، وحصن
 بالضم حصانة فهو حصين ، والحصان بالكسر الفرس العتيق ، ولعله سمي بذلك
 لأن ظهره كالحصن لصاحبه . وقيل إنه صن بمائه فلم ينز إلا على كريمة . ومن
 هذه المادة كان إذا أصاب الحر البالغ امرأة أو أصيبت الحرة البالغة بنكاح فهو
 إحصان في الإسلام والشرك ، والمراد في نكاح صحيح ، واسم الفاعل من أحصن
 إذا تزوج محصن بالفتح على غير قياس والمرأة محصنة أيضاً على غير قياس ، ولذا
 قال تعالى : المحصنات ،

(والثاني) أن يكون خائفاً من العنت ، والعنت الخطأ وأيضاً المشقة ، يقال
 أكمة عنوت أى شاقة . قال تعالى : عزيز عليه ما عنتم ، وقال : ودوا ما عنتم ،
 ومعناه هنا الفجور أو الوقوع في المشقة المفضية إلى الزنا ، فإن خاف العنت أو لم
 يستطع الطول جازله أن ينكح الأمة المسلمة ، وبه قال ابن عباس وجابر رضي الله
 عنهم . ومن التابعين الحسن وعطاء وطاوس وعمر بن دينار والزهرى ، ومن
 الفقهاء مالك والأوزاعي

وقال أبو حنيفة : إذا لم يكن تحته حرة حل له نكاح الأمة وإن لم يخف العنت
 سواء كان قادراً على صداق حرة أو غير قادر ، وقال الثوري وأبو يوسف : إذا
 خاف العنت حل له نكاح الأمة ، وإن لم يعدم الطول . وقال عثمان البتي : يجوز
 له أن يتزوج الأمة بكل حال كالحر

دليلنا قوله تعالى : ومن لم يستطع منكم طويلاً أن ينكح المحصنات المؤمنات
 فما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات ، إلى قوله : ذلك لمن خشي العنت منكم ،
 فلم يجوز نكاحها إلا مع وجود الشرطين ، فإن وجد مهر حرة مسلمة لم يجوز له نكاح
 الأمة إلا به . وإن كان مجنوناً لم يحل له نكاح الأمة لأنه لا يخاف الزنا ، وإن كان

عادما لطول حرة مسلمة وخائفا للعنت فأقرضه رجل مهر حرة أو رضىت الحرة
بتأخير الصداق عليه حل له نكاح الامة ، لأن عايله حررا بتعاق الدين بدمنه ،
وإن بذل له رجل هبة الصداق حل له نكاح الامة لأن عايله منه في ذلك ،
وإن وجد طول حرة مسلمة إلا أنه لا يتزوج اقصور نسبه أو لم يزوجه أهل
البلد إلا بأكثر من مهر المثل فله أن يتزوج أمة لأنه غير قادر على حرة مسلمة ،
ووجود الشيء بأكثر من ثمن مثله بمنزلة عدمه ، وإن رضىت الحرة بدون مهر
المثل وهو واجد له فهل له أن يتزوج أمة ؟ فيه وجهان حكاهما المسعودي ، وإن
كان تحته حرة صغيرة لا يقدر على وطئها ، أو تحته كبيرة مريضه أو غائبه لا يصل
فهل له أن يتزوج أمة ؟ فيه وجهان (أحدهما) يجوز له نكاح الامة ، لأن الله
تعالى شرط في نكاحها أن لا يستطيع نكاح المحصنات المؤمنات والشرط موجود
(والثاني) لا يجوز له وهو الأصح لأنه لا يخاف العنت

(مسألة) لا يصح نكاح العبد لمولاته لتناقض أحكام الملك والنكاح في النفقة
والسفر ، لأن العبد مستحق النفقة عليها وهي مستحقة النفقة عليه ، وللمرأة
أن تسافر بعبيدها إلى أي بلد تشاء ، وللزوج أن يسافر بزوجه إلى أي بلد يشاء ،
فلو صححنا نكاحه لمولاته لتناقضت الأحكام في ذلك ، فإن تزوج حرة ثم ما سكنه
انفسخ نكاحها منه لأن حكم ملك اليمين أقوى من النكاح . ولا يصح للرجل أن
ينكح جارية ولده لصلبه ، ولا ولد ولده وإن سفل لأن اه شبهه في ماله بدليل
أنه يجب عليه إعفافه فصارت كجارية نفسه ، وفي أحكام هذه النحول فروع
كثيرة اجتزأنا بأحراها بنظرة الاسلام إلى ظاهرة الرق لندعم بها ما قررنا في أول
أبواب العتق . والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ولا يجوز نكاح المعتدة من غيره لقوله تعالى ، ولا تتزمتا عقدة
النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله ، ولأن العدة وجبت لحفظ النسب ، فلو جوزنا
فيها النكاح اختلط النسب وبطل المقصود ، ويكره نكاح المرتابه بالحمل بعد انقضاء
العدة ، لأنه لا يؤمن أن تكون حاملا من غيره ، فإن تزوجها ففيه وجهان .

(أحدهما) وهو قول أبي العباس أن النكاح باطل لأنها مرتابة بالحمل فلم يصح نكاحها، كما لو حدثت الرتبة قبل انقضاء العدة
(والثاني) وهو قول أبي سعيد وأبي إسحاق أنه يصح، وهو الصحيح، لأنها رتبة حدثت بعد انقضاء العدة فلم تمنع صحة العقد كما لو حدثت بعد النكاح، ويجوز نكاح الحامل من الزنا لأن حملها لا يلحق بأحد فيكون وجوده كعدمه.

(الشرح) الأحكام : لا يصح نكاح المعتدة من غيره لقوله تعالى : ولا تمزوا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله، فالعزم على الشيء وعزمه عزم من باب ضرب عقد ضميره على فعله، والمعنى هنا لا تمزوا على عقدة النكاح في العدة، لأن العزم عليه بعدها لا بأس به، ثم حذف على. قال سيديويه : والحذف في هذه الآية لا يقاس عليه

قال النحاس : يجوز أن يكون المعنى ولا يعقدوا عقدة النكاح، لأن معنى تمزوا وتعقدوا واحد قيل إن العزم على الفعل يتقدمه فيكون في هذا النهي مبالغة، لأنه إذا نهى عن المتقدم على الشيء كان النهي عن ذلك الشيء بالاولى وحتى هنا غاية للنهي، وبلغ الكتاب أجله كناية عن انقضاء العدة، والكتاب هنا هو الحد والقدر الذي رسم من المدة سماه كتاباً لكونه محدوداً ومفروضاً. كقوله تعالى : إن الصلاة كانت على المؤمنين كتاباً موقوتاً، والمراد بالأجل آخر مدة العدة.

وإن ارتابت بالحمل بأن بان أمارات الحمل وشكت هل هو حمل أو لا؟ فإن حدثت لها هذه الرتبة قبل انقضاء العدة : ثم انقضت عدتها بالاقراء أو بالشهور والرتبة باقية لم يصح نكاحها لأنها تشك في خروجها من العدة والاصل بقاؤها. وإن انقضت عدتها من غير رتبة فتزوجت ثم حدثت لها رتبة بالحمل لم تؤثر هذه الرتبة، لأن النكاح قد صح في الظاهر. وإن انقضت عدتها بالشهور أو بالاقراء ثم حدثت لها رتبة بالحمل فيكره نكاحها، فإن تزوجها رجل فهل يصح؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يصح لأنها مرتابة بالحمل فلم يصح نكاحها، كما لو حدثت بها رتبة قبل انقضاء العدة ثم انقضت عدتها وهي مرتابة بالحمل فلم يصح نكاحها

كذلك هذا مثله (والثاني) يصح نكاحها وهو المذهب لأنها ربيبة حدثت بعد

انقضاء عدتها فلم تؤثر كالأول نكحت بعد انقضاء العدة ثم حدثت الربيبة

(فرع) إذا زنت المرأة لم يجب عليها العدة ، سواء كانت حائلا أو حاملا ،

فإن كانت حائلا جاز للزاني ولغيره عقد النكاح عليهما وإن حمات من الزنا فيكره

نكاحها قبل وضع الحمل ، وهو أحد الروايتين عن أبي حنيفة رضي الله عنه وذهب

ربيعة ومالك والثوري وأحمد وإسحاق رضي الله عنهم إلى أن الزانية يلزمها العدة

كالوطوءة بشبهه ، فإن كانت حائلا اعتدت ثلاثة أقراء ، وإن كانت حاملا

اعتدت بوضع الحمل ، ولا يصح نكاحها قبل وضع الحمل

قال مالك رضي الله عنه : إذا تزوج امرأة ولم يعلم أنها زانية ثم علم أنها حامل

من زنا فإنه يفارقها ، فإن كان قد وطئها لزمه مهر المثل وقال ربيعة : يفارقها

ولا مهر عليه . وذهب ابن سيرين وأبو يوسف رضي الله عنهما إلى أنها إن

كانت حائلا فلا عدة عليها ، وإن كانت حاملا لم يصح عقد النكاح عليها حتى تضع

وهي الرواية الأخرى عن أبي حنيفة .

دليلنا قوله تعالى : وأحل لكم ما وراء ذلكم ، وقوله صلى الله عليه وسلم - لم

يأثم من زنا حتى يفارقها ، والعقد على الزانية كان حلالا قبل الزنا وقبل الحمل

فلا يحرمه الزنا .

وروى أن رجلا كان له ابن تزوج امرأة لها ابنة - فقجر الغلام بالصبيبة ،

فسألهما عمر رضي الله عنه فأقرا لجلدهما وحرص أن يجمع بينهما بالنكاح فأبى الغلام

ولم ير عمر رضي الله عنه انقضاء العدة ، ولم ينكر عليه أحد ، فدل على أنه إجماع

ولأنه وطئ ، لا يلحقه النسب ، أو حمل لا يلحق بأحد فلم يمنع صحته - النكاح

كما لو لم يوجد .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ويحرم على الحر أن يتزوج بأكثر من أربع نسوة ، لقوله تعالى

فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع ، وروى عبد الله بن عمر

رضي الله عنهما ، أن غيلان بن سلمة أسلم وثبته عشر نسوة ، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : خذ منهن أربعاً ، ويحرم على العبد أن يجمع بين أكثر من امرأتين . وقال أبو ثور : يحل له أن يجمع بين أربع ، وهذا خطأ لما روى أن عمر رضي الله عنه خطب وقال : من يعلم ماذا يحل للمملوك من النساء ، فقال رجل أنا ، فقال كم ؟ قال اثنتان ، فسكت عمر ، وروى ذلك عن علي وعبد الرحمن ابن عوف رضي الله عنهما

(الشرح) حديث ابن عمر رواه أحمد وابن ماجه والترمذى من طريق الزهري عن سالم عن أبيه ، وأخرجه الشافعى عن الثقة عن معمر عن الزهري بإسناده المذكور . وأخرجه أيضا ابن حبان والحاكم ومصححاه . وزاد أحمد في رواية : فلما كان في عم - د عمر طلق نساءه وقسم ماله بين بنيه ، فبلغ ذلك عمر فقال : إني لأظن الشيطان فيما يسترق من السمع سمع بموتك فقذفه في نفسك ، وأمالك لا تمكث إلا قليلا ، وأيم الله لتراجعن نساءك ولترجعن مالك أو لأورثن منك ولأمرن بقبرك أن يرجم كما رجم قبر أبي رغال .

قال البزار : جوده معمر بالبصرة وأفسده باليمن

وحكى الترمذى عن البخارى أنه قال : هـ - ذا الحديث غير محفوظ . قال البخارى : وأما حديث الزهري عن سالم عن أبيه فإنه هو أن رجلا من ثقيف طلق نساءه فقال له عمر : اتراجعن نساءك أو لأرجعنك . وحكم أبو حاتم وأبوزرعة بأن المرسل أصح . وحكى الحاكم عن مسلم أن هذا الحديث مما وهم فيه معمر بالبصرة . قال فإن رواه عنه ثقة خارج البصرة حكمتنا له بالصحة وقد أخذ ابن حبان والحاكم والبيهقى بظاهر الحكم فأخرجوه من طرق عن معمر من حديث أهل الكوفة وأهل خراسان وأهل اليمامة عنه

قال الحافظ بن حجر : ولا يفيد ذلك شيئا فإن هؤلاء كانوا إنما سمعوا منه بالبصرة ، وعلى تقدير أنهم سمعوا منه بغيرها فحديثه الذى حدث به في غير بلده مضطرب ، لأنه كان يحدث في بلده من كتبه على الصحة . وأما إذا رحل فحدث من حفظه بأشياء وهم فيها ، اتفق على ذلك أهل العلم كابن المدينى والبخارى

وابن أبي حاتم ويعقوب بن شيبة وغيرهم ، وحكى الأثر عن أحمد أن هذا الحديث ليس بصحيح والعمل عليه ، وأعله بتفرد معمر في وصله وتحديثه به في غير بلده . وقال ابن عبد البر طرفة كلها معلولة ، وقد أطال الدارقطني في العمل تخريج طرفة ورواه ابن عيينة ومالك عن الزهري مرسلاً ، ورواه عبد الرزاق عن معمر كذلك ، وقد وافق معمر على وصله بحر كنيز السقاء عن الزهري ولكنه ضعيف وكذا وصله يحيى بن سلام عن مالك ويحيى ضعيف جداً ، وأما الزيادة التي رواها أحمد عن عمر فأخرجها أيضاً النسائي والدارقطني ، قال الحافظ ابن حجر وإسناده ثقات وهذا الموقوف على عمر هو الذي حكم البخاري بصحته وقد توبع الحديث بما رواه أبو داود وابن ماجه عن قيس بن الحرث قال : أسلمت وعندي ثمان نسوة فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له فقال : اختر منهن أربعاً ، وفي رواية الحرث بن قيس ، وفي إسناده محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى : وقد ضعفه غير واحد من الأئمة ، وقد توبع أيضاً بإسناد يروي عن عروة بن مسعود وصفوان بن أمية عند البيهقي ، وقد استدلل جمهور أهل العلم بمذهبه الأخبار على تحريم الزيادة على أربع

وذهبت الظاهرية إلى أنه يحل للرجل أن يتزوج تسعاً ، ووجههم قوله تعالى (مثنى وثلاث ورباع) ومجموع ذلك لا باعتبار ما فيه من العدل تسع . وقد أخطأ الشوكاني في عزو ذلك إلى ابن الصباغ والعمرائي وبعض الشيعة ، والصحيح أن ابن الصباغ والعمرائي رداً على القائلين بهذا كالأقسام بن إبراهيم وبعض الشيعة وبعض الظاهرية ، وحاشا لبعض أصحابنا من الفحول أن يذهبوا إلى حل أكثر من أربع ، ونحن نعتمد في شرح هذا السفر على أقوال ابن الصباغ والعمرائي وغيرهما من أصحابنا ، ولم نجد لأحد منهم الذهاب إلى هذا المذهب

وأما خبر عمر فقد أخرج الدارقطني بسنده إلى عمر رضى الله عنه قال : ينكح العبد امرأتين ويطلق تطليقتين وتعتمد الأمة حيضتين ، وقد روى البيهقي وابن أبي شيبة من طريق الحكم بن عتيبة أنه أجمع الصحابة على أن العبد لا ينكح أكثر من اثنتين .

وقال الشافعي بعد أن روى ذلك عن علي وعمر وعبد الرحمن بن عوف أنه

لا يعرف لهم من الصـحابة مخالف . وأخرجه ابن أبي شيبة عن جماهير التابعين
عطاء والشعبي والحسن وغيرهم .

ويؤخذ من هذا الفصل الرد على القائلين بإباحة التزويج بأكثر من أربع لأن
الاحاديث التي سبقناها تنتمض إلى درجة الحسن الذي ينتمض حجة للعمل به ،
ويجاب على استدلالهم بزواج النبي صلى الله عليه وسلم بأن هذا مخصوص به ،
ويجاب عن الآية بأنه من المستساغ لغة أن تقول عن ألف جاءوك : جاءني هؤلاء
مثنى مثنى أو ثلاث ، أو رباع إذا كان مجيئهم اثنين اثنين أو ثلاثة ثلاثة أو أربعة
أربعة ، ويؤيد ذلك كون الأصل في الفروج الحرمة ، كما صرح به الخطابي ، فلا
يجوز الإقدام على شيء منه إلا بدليل . وإيضاهـذا الخلاف مسبق بالإجماع
على عدم جواز الزيادة على الأربع كما صرح بذلك في البحر
وقال في الفتح : اتفق العلماء على أن من خصائصه صلى الله عليه وسلم الزيادة
على أربع نسوة يجمع بينهما .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يجوز نكاح الشغار ، وهو أن يزوج الرجل ابنته أو أخته
من رجل على أن يزوجه ذلك ابنته أو أخته ؛ ويكون اضع كل واحدة منهما صداقا
للأخرى ، لما روى ابن عمر رضي الله عنه ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم
نهى عن الشغار ، والشغار أن يزوج الرجل ابنته من الرجل على أن يزوجه الآخر
ابنته وليس بينهما صداق ، ولأنه اشترك في البضع بينه وبين غيره فبطل العقد ،
كما لو زوج ابنته من رجلين .

فأما إذا قال زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك صح النكاحان ، لأنه لم يحصل
التشريك في البضع ، وإنما حصل الفساد في الصداق ، وهو أنه جعل الصداق أن
يزوجه ابنته فبطل الصداق وصح النكاح . وإن قال زوجتك ابنتي بمائة على أن
تزوجني ابنتك بمائة صح النكاحان ووجب مهر المثل ، لأن الفساد في الصداق
وهو شرطه مع المائة تزويج ابنته ، فأشبهه المسئلة قبلها . وإن قال زوجتك ابنتي

بمائة على أن تزوجني ابنتك بمائة ويكون بضع كل واحدة منهما صداقا للأخرى
ففيه وجهان (أحدهما) يصح لأن الشغار هو الخالي من الصداق ، وههنا لم يخل
من الصداق (والثاني) لا يصح وهو المذهب ، لأن المبطل هو التشريك في
البضع ، وقد اشترك في البضع

(الشرح) حديث ابن عمر رواه عنه نافع وأخرجه الشيخان وأصحاب السنن
الأربعة وأحمد في مسنده والدارقطني ، ولم يذكر الترمذي ما ورد من تفسير
الشغار . وأبو داود جعله من كلام نافع ، وهو كذلك في رواية عند أحمد والشيخين
وروى عن ابن عمر أيضا عند مسلم أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا شغار في
الإسلام ، وعند أحمد ومسلم أيضا عن أبي هريرة : نهى رسول الله صلى الله عليه
وسلم عن الشغار ، والشغار أن يقول الرجل للرجل زوجني ابنتك وأزوجك ابنتي
أو زوجني أختك وأزوجك أختي ،

وأخرج أحمد وأبو داود عن عبد الرحمن بن هرمز الأعرج ، أن العباس بن
عبد الله بن عباس أنسكح عبد الرحمن بن الحكم ابنته وأنسكحه عبد الرحمن ابنته .
وقد كانا جملاهما صداقا ، فكذب معاوية بن أبي سفيان إلى مروان بن الحكم يأمره
بالتفريق بينهما ، وقال في كتابه : هذا الشغار الذي نهى رسول الله صلى الله عليه
وسلم عنه ، وأخرج أحمد والنسائي والترمذي وصححه من حديث عمران بن الحصين
أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا جلب ولا جنب ولا شغار في الإسلام ، ومن
انتهب فليس عتاء ، وروى مثل ذلك عن جابر عند مسلم

وأخرج البيهقي عن جابر أيضا نهى عن الشغار ، والشغار أن تنسكح هذه
بهذه بغير صداق بضع هذه صداق هذه وبضع هذه صداق هذه ، وأخرج
عبد الرزاق عن أنس مرفوعا : لا شغار في الإسلام ، والشغار أن يزوج الرجل
الرجل أخته بأخته ،

وأخرج أبو الشيخ من حديث ربحانه ، أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن
المشاغرة أن يقول : زوج هذا من هذه ، وهذه من هذا بلا مهر ، وأخرج الطبراني
عن أبي بن كعب مرفوعا : لا شغار ، قالوا يا رسول الله وما الشغار . قال إنسكاح
المرأة بالمرأة لا صداق بينهما ،

وقال الشافعي في حديث ابن عمر : لا أدري التفسير عن النبي صلى الله عليه وسلم أو عن ابن عمر أو عن نافع أو عن مالك . هكذا حكى عن الشافعي البيهقي في المعرفة . قال الخطيب : تفسير الشغار ليس من كلام النبي صلى الله عليه وسلم وإنما هو من قول مالك . وهكذا قال غير الخطيب ، قال القرطبي : تفسير الشغار صحيح موافق لما ذكره أهل اللغة ، فإن كان مرفوعاً فهو المقصود ، وإن كان من قول الصحابي فمقبول أيضاً لأنه أعلم بالمقال وأقعد بالحال

أما لغات الفصل فالشغار مادته من شجر البلد من باب قعد إذا خلا عن حافظ يمنعه ، وشجر السكلب شغراً من باب نفع رفع إحدى رجله ليبول ، وشغرت رفعت رجلها للنكاح ؛ وشغرتها فعلت بها ذلك يتعدى ويلزم وقد يتعدى بالهمز فيقال أشغرتها . وقال في المصباح : وشاغ الرجل الرجل شغراً من باب قتل زوج كل واحد صاحبه حريمته على أن يوضع كل واحدة صداق الأخرى ولا مهر سوى ذلك وكان سائغاً في الجاهلية . قيل مأخوذ من شجر البلد ، وقيل مأخوذ من شجر برجله إذا رفعها ، والشغار وزان سلام : الفارغ اه
قال ابن بطال : قال في الفائق : هو من قولهم شغرت بني فلان من الباب إذا أخرجتهم قال :

ونحن شغرننا ابني نزار كليهما وكلمنا بطعن مرهب متقاتل
ومنه قولهم : تفرقوا شغراً بغير ، لأنهما إذا تبداً بأختيهما فقد أخرج كل واحد منهما أخته إلى صاحبه وقارق بها إليه . وقيل سمى شغراً الخلوه عن المهر من قولهم : شجر البلد إذا خلا عن أهله . وقال في الشامل : وقيل سمى شغراً لقبحه تشبیهاً برفع السكلب رجله ليبول .

الاحكام : قال العمراني في البيان : ولا يصح الشغار ، وهو أن يقول رجل لآخر : زوجتك ابنتي أو أختي أو امرأة يلى عليهما ، على أن تزوجني ابنتك أو أمك فيكون بضع كل واحدة منهما صداقاً الأخرى ، وبه قال مالك وأحمد وإسحاق وقال الزهري والثوري وأبو حنيفة وأصحابه : يصح : ويجب مهر المثل اه

دلينا ما سقناه من الأحاديث والأخبار المستفيضة ، ولأنه حصل في البضع تشريك فلم يصح العقد مع ذلك ، كما لو زوج ابنته من رجلين . وبيان التشريك

أنه جعل البضع ملكا للزوج وابنته ، لأنه إذا قال زوجتك ابنتي فقد ملك الزوج بضعها ، فإذا قال : على أن تزوجني ابنتك ، فيكون بضع كل واحدة منهما مهوراً للأخرى فقد شرك ابنة الزوج في ملك بضع هذه الزوجة ، لأن الشيء إذا جعل صداقا اقتضى تملكه لمن جعل صداقا لها ، فصار التشريك حاصلا في البضعين فلم يصح . إذا ثبت هذا فإنه إن قال زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك واقتصر على هذا فالنكاح صحيح لأنه لم يحصل في البضع تشريك ، وإنما حصل الفساد في الصداق ، وهو أنه جعل مهر ابنته أن يزوجه الآخر ابنته ففسد المهر المسمى ووجب مهر المثل . هذا نقل البغداديين من أصحابنا

وقال المسعودي : هل يصح النكاح ؟ فيه وجهان (أحدهما) يصح لما ذكرناه (والثاني) لا يصح لأنهما لم يسميا صداقا صحيحا ، ولكن جعل عقد نكاح كل واحدة منهما صداقا للأخرى ، لأنه أخرج ذلك مخرج الصداق ، والاول هو المشهور .

وان قال : زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك ويكون مهر كل واحدة منهما كذا وكذا ، فيصح النكاحان ويبطل المهران المسميان ، ويجب لهما مهر المثل سواء اتفق المهران أو اختلفا ، لأنه لم يحصل في البضعين تشريك ، وإنما حصل الفساد في المهر لأنه شرط مع المهر تزويج ابنته فهو كما لو قال : زوجتك ابنتي بمائة على أن تبيعني دارك ، فإن النكاح صحيح والمهر باطل

وان قال زوجتك ابنتي على أن تطاق زوجتك ويكون ذلك صداقا لابنتي صح النكاح ولا يلزمه أن يطلق زوجته ويجب للزوجة مهر المثل ، لأنه لم يسم لها صداقا صحيحا وان قال زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك ويكون بضع ابنتك صداقا لابنتي صح النكاح الاول ولم يصح النكاح الثاني ، لأنه ملك بضع ابنته في الابتداء من غير تشريك وشرط عليه شرطا فاسدا وهو التزويج فلم يؤثر في عقد الاولى . والثانية هي التي حصل التشريك في بضعها

وان قال زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك ويكون بضع ابنتي مهوراً لابنتك فالعقد على ابنة المخاطب باطل ، لأن التشريك حصل في بضعها ، والمقد على ابنة القاتل صحيح لأنه لم يحصل في بضعها تشريك

وإن قال : زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك ويكون بضم كل واحدة مائة درهم صداقا للآخرى ففيه وجهان (أحدهما) أن النكاحين صحيحان ، ويجب لها مهر المثل ، لأن الشغار هو الحلال عن المهر ، وهما لم يخل عن المهر (والثاني) وهو الصحيح ، أن النكاحين باطلان ، لأن التشريك في البضع موجود مع تسمية المهر والمفسد هو التشريك . وإن قال زوجتك ابنتي وهذا الحائط فهل يصح النكاح ؟ فيه وجهان حكاهما صاحب العدة

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يجوز نكاح المتعة وهو أن يقول : زوجتك ابنتي يوما أو شهرا لما روى محمد بن علي رضي الله عنهما ، أنه سمع أباه علي بن أبي طالب كرم الله وجهه وقد لقي ابن عباس وبلغه أنه يرخص في متعة النساء ، فقال له علي كرم الله وجهه : إنك امرؤ تائه ، إن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عنها يوم خيبر وعن لحوم الحمر الإنسية ، ولأنه عقد يجوز مطلقاً فلم يصح مؤقتاً كالبيع ولأنه نكاح لا يتعلق به الطلاق والظهار والإرث وعدة الوفاة فكان باطلا كسائر الأنكحة الباطلة .

(فصل) ولا يجوز نكاح المحلل وهو أن ينكحها على أنه إذا وطئها فلا نكاح بينهما وأن يتزوجها على أن يحللها للزوج الأول لما روى هزيل عن عبد الله قال : لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم الواصلة والموصولة . والواشمة والموشومة والمحلل والمحلل له ، وآكل الربا ومطعمه ، ولأنه نكاح شرط انقطاعه دون غايته ، فشابه نكاح المتعة .

وإن تزوجها على أنه إذا وطئها طلقها ففيه قولان (أحدهما) أنه باطل لما ذكرناه من العلة (والثاني) أنه يصح لأن النكاح مطلق ، وإنما شرط قطعه بالطلاق فبطل الشرط وصح العقد ، فإن تزوجها واعتقد أنه بطلاقها إذا وطئها كره ذلك ، لما روى أبو مرزوق التجيني ، أن رجلا أتى عثمان رضي الله عنه فقال : إن جاري طلق امرأته في غضبه ولقي شدة فأردت أن أحسب نفسي ومالي فأتزوجها ثم أبني

بها ثم أطلقها فترجع الى زوجها الأول ، فقال له عثمان رضى الله عنه : لا تنكحها إلا بنكاح رغبة ، فإن تزوج على هذه النية صح النكاح لأن العقد إنما يبطل بما شرط لا بما قصد ، ولهذا لو اشترى عبداً بشرط أن لا يبيعه بطل ، ولو اشتراه بنية أن لا يبيعه لم يبطل .

(فصل) وإن تزوج بشرط الخيار بطل العقد لأنه عقد يبطله التوقيت فبطل بالخيار الباطل كالبيع ، وإن شرط أن لا يتسرى عليها أو لا ينقلها من بلدها بطل الشرط لأنه يخالف مقتضى العقد ولا يبطل العقد لأنه لا يمنع مقصود العقد وهو الاستمتاع ، فإن شرط أن لا يطأها أبداً بطل الشرط لقوله صلى الله عليه وسلم : المأمنون على شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً ، فإن كان الشرط من جهة المرأة بطل العقد ، وإن كان من جهة الزوج لم يبطل ، لأن الزوج يملك الوطء ليلاً ونهاراً وله أن يترك ، فإذا شرط أن لا يطأها فقد شرط ترك ماله تركه والمرأة يستحق عليها الوطء ليلاً ونهاراً ، فإذا شرطت أن لا يطأها فقد شرطت منع الزوج من حقه ، وذلك ينافى مقصود العقد فبطل

(الشرح) حديث على كرم الله وجهه رواه عنه ولده محمد بن الحنفية وأخرجه أحمد والبخاري ومسلم بلفظ : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن نكاح المتعة وعن لحوم الحمر الأهلية زمن خيبر ، وفي رواية : ونهى عن متعة النساء يوم خيبر وعن لحوم الحمر الإنبسية ،

وقد أخرج أحمد والبخاري ومسلم عن ابن مسعود رضى الله عنه قال : كنا نفرز مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس معنا نساء ، فقلنا ألا نخنص ؟ فنهانا عن ذلك ثم رخص لنا بعد أن تنكح المرأة بالثوب إلى أجل ، ثم قرأ عبد الله : يا أيها الذين آمنوا لا تحرموا طيبات ما أحل الله لكم ، الآية

وعن أبي حمزة سألت ابن عباس عن متعة النساء فرخص فقال له مولى له : إنما ذلك في الحال الشديد وفي النساء قلة ، فقال نعم ،

وعن محمد بن كعب عن ابن عباس قال : إنما كانت المتعة في أول الإسلام كان الرجل يقدم البلدة ليس له بها معرفة ، فيتزوج المرأة بقدر ما يرى أنه يقيم

فتحفظ له متاعه وتصلح له شأنه حتى نزلت هذه الآية ، إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم ، قال ابن عباس : فكل فرج سواهما حرام ، رواه الترمذى . وفى إسناده موسى بن عبيد الربذى ، وهو ضعيف ، وقد روى الرجوع عن ابن عباس جماعة منهم ابن خلف القاضى المعروف بوكيع فى كتابه الغرر بسنده الماتصل بسعيد بن جبير قال : قلت لابن عباس : ما تقول فى المتعة ، فقد أكثر فيها حتى قال فيها الشاعر . قال : وما قال : قال : قال :

قلت للشيخ لما طال محبسه . بإصاح هل لك فى فتوى ابن عباس
وهل ترى رخصة الأطراف آتية . تكون مثواك حتى مصدر الناس
قال : وقد قال فيه الشاعر ، قلت نعم ، قال فكبرهما أو نهى عنهما . ورواه
الخطابى عن سعيد قال : قد سارت بفتياك الركبان ، وقالت فيها الشعراء ، وذكر
البيتين فقال سبحانه الله ، والله ما بهذا أفتيت وما هو إلا كالميتة لا تحل إلا اضطر
وروى الرجوع أيضا البيهقى وأبو عوانة فى صحيحه . وقال ابن حجر بعد أن ذكر
رجوع ابن عباس . وذكر حديث سهل بن سعد عند الترمذى بلفظ : إنما رخص
النبي صلى الله عليه وسلم فى المتعة أغربة كانت بالناس شديدة ثم نهى عنها بعد ذلك ،
أما حديث هذيل عن عبد الله فقد أخرجه النسائى ، أخبرنا عمرو بن منصور
حدثنا أبو نعيم عن سفيان عن أبي قيس عن هذيل عن عبد الله بلفظ المصنف ،
وعبد الله هو ابن مسعود وفى إسناده أبو قيس وهو عبد الرحمن ثروان الأودى
روى عن هذيل بن شرحبيل وغيره . قال عبد الله بن أحمد سألت أبى عنه فقال
هو كذا وكذا — وحرك يده — وهو يخالف فى أحاديث . قال الحافظ الذهبي :
خرج له البخارى حديثه عن هذيل قال : أخبر بن مسعود بقول أبى موسى فى
ميراث ابنة وابنة ابن وأخت . وصحح الترمذى حديثه عن هذيل عن عبد الله فى
لعن المحلل . وخرج له البخارى بالإسناد : إن أهل الجاهلية كانوا
يسميون . . الحديث

وأخرجه الترمذى بلفظ لعن الله المحلل والمحلل له ، ولم يذكر بقية الحديث
من الواصلة إلى غير ما ذكرنا
وقال الترمذى بعد ذكر الحديث : هذا حديث حسن صحيح وأبو قيس الأودى

اسمه عبد الرحمن بن ثروان ، وقد روى هذا الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم من غير وجه ، والعمل على هذا الحديث عند أهل العلم من أصحاب النبي (ص) منهم عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعبد الله بن عمر وغيرهم ، وهو قول الفقهاء من التابعين وبه يقول سفيان الثوري وابن المبارك والشافعي وأحمد وإسحاق . قال وسمعت الجارود بن معاذ يذكر عن وكيع أنه قال بهذا . وقال ينبغي أن يرمى بهذا الباب من قول أصحاب الرأي . قال جارود : قال وكيع : وقال سفيان : إذا تزوج الرجل المرأة ليحلمها ثم بدا له أن يمسكها فلا يحل له أن يمسكها حتى يتزوجها بنكاح جديد . اهـ

وقد أخرج الحديث أحمد في مسنده وأخرجه ابن ماجه والدارقطني كلاهما من طريق ابن مسعود ، وقد صححه ابن القطان وابن دقيق العيد على شرط البخاري وله طريق أخرى أخرجهما عبد الرزاق . وروى عن عتبة بن عامر أن النبي (ص) قال : ألا أخبركم بالتيس المستعار . قالوا بلى يا رسول الله ، قال هو المحمل ، لعن الله المحمل والمحمل له ، أخرجه ابن ماجه والحاكم وأعله أبو زرعة وأبو حاتم بالارسال . وحكى الترمذي عن البخاري أنه استنكره . وقال أبو حاتم : ذكرته ليحيى بن بكير فأنكره إنكاراً شديداً ، وسباق إسناده في سنن ابن ماجه هكذا ، حدثنا يحيى بن عثمان بن صالح المصري حدثنا أبي سمعت الليث بن سعد يقول . قال لي مشرح بن عاهان قال عقبه بن عامر فذكره ، ويحيى بن عثمان ضعيف ومشرح قد وثقه ابن معين . وأخرج ابن ماجه عن ابن عباس مثله : وفي إسناده زمعة بن صالح وهو ضعيف .

وعن أبي هريرة عند أحمد وإسحاق والبيهقي والبخاري وابن أبي حاتم في العمل والترمذي في العمل ، وحسنه البخاري ، والأحاديث المذكورة تدل على تحريم التحليل ، لأن اللعن إنما يكون على ذنب عظيم

قال الحافظ بن حجر استدلوا بهذا الحديث على بطلان النكاح إذا شرط الزوج أنه إذا نكحها وبانت منه أو شرط أنه يطلقها أو نحو ذلك وحملوا الحديث على ذلك ، ولا شك أن إطلاقه يشمل هذه الصورة وغيرها ، لكن روى الحاكم

والطبراني في الأوسط عن عمر أنه جاء إليه رجل فسأله عن رجل طلق امرأته ثلاثاً فتزوجها أخ له عن غير مؤامرة ليحلمها لأخيه ، هل تحل الأول . قال لا إلا بنكاح رغبة . كنا نعد هذا سفاحاً على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم . قال : وقال ابن حزم : ليس الحديث على عمومته في كل محلل إذ لو كان كذلك لدخل فيه كل واهب وبائع ومزوج ، فصح أنه أراد به بعض المحللين ، وهو من أحل حراماً لغيره بلا حجة ، فتعين أن يكون ذلك فيمن شرط ذلك ، لأنهم لم يختلفوا في أن الزوج إذا لم ينو تحليلاً للأول ونوت هي أنه لا يدخل في اللعن فدل على أن المعتبر الشرط اهـ

أما اللغات فقوله : المتعة ومادته من المتاع وهو كل ما ينتفع به ، وأصل المتاع ما يتبلغ به من الزاد ، وهو اسم من متعته إذا أعطيته ذلك ، ومتعة المطلقة ستأتي ومتعة الحج مضت ونكاح المتعة هو النكاح المؤقت في العقد . قال في العباب كان الرجل يشارط المرأة شرطاً على شيء إلى أجل معلوم ويعطيها ذلك فيستحل بذلك فرجها ثم يخلى سبيلها من غير تزويج ولا طلاق ، وقيل في قوله تعالى دفا استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن ، المراد نكاح المتعة ، والآية محكمة والجمهور على تحريم نكاح المتعة .

وقالوا معنى قوله دفا استمتعتم ، فما نسكتهم على الشريطة التي في قوله تعالى أن تبغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين ، أي عاقدين النكاح ، واستمتعتم بكذا وتمتعتم به انتفعت . وقوله دالحمر الانسية ، كل حيوان إنسى ما كان أيسر ، والوحشى من كل دابة الجانب الأيمن . قال الشاعر

فالت على شقّ وحشيها وقد ربيع جانبها الأيسر

قال الأزهري ، قال أئمة اللغة ، الوحشى من جميع الحيوان غير الإنسان الجانب الأيمن ، وهو الذي لا يركب منه الراكب ولا يحلب منه الحالب ، والانسى الجانب الأيسر وقد مضى له مزيد . وقوله دالك امرؤ تائه ، من التيه بكسر التاء المفازة ، والتيهاء بالفتح والمد مثله . وهي التي لا علامة فيها يمتدى بها وتاه الإنسان في المفازة يتيه تيهام ضل عن الطريق ، وتاه يتوه توها لغة ، وقد تيهته وتوهته . ومنه يستعار لمن رام أمراً فلم يصادف الصواب ، فيقال انه تائه .

وقوله «الواصلة» وصلت المرأة شعرها بشعر غيره وصلا فهي واصلة ،
 «واستوصلت» سألت أن يفعل بها ذلك ، واسم الفاعل هنا مقرونا باسم المفعول
 «الواصلة والموصولة» معناه التي تصل الشعر لغيرها ، والموصولة التي يفعل بها
 ذلك «والواشمة والموشومة» وشممت المرأة يدها من باب وعد غرزتها بيازة
 ثم ذرت عليها النور ؛ وهو النيلج وتسميه العامة بمصر النيلة ، وهو دخان
 الشحم ، حتى يخضر

أما الأحكام فلا يصح عندنا نكاح المتعة ، وهو أن يتزوج لمدة معلومة أو
 مجهولة بأن يقول زوجني ابتك شهراً أو أيام الموسم ، وبه قال جميع الصحابة
 رضوان الله عليهم والتابعين والفقهاء إلا ابن جريج فإنه قال يصح . وقد ورد
 ابن جريج خطأ في نيل الأوطار باب جرير والصواب ما ذكرنا . وقال ابن المنذر
 جاء عن الأوائل الرخصة فيها ، ولا أعلم اليوم أحداً يحيزها إلا بعض الرافضة ،
 ولا معنى يخالف كتاب الله وسنة رسوله

(قلت) ودليل المجيزين ما ثبت من إباحته صلى الله عليه وسلم لما في موطن
 متعددة ، منها في عمرة القضاء ، كما أخرجه عبد الرزاق عن الحسن البصري وابن
 حبان عن سبرة ، ومنها في خيبر كما في حديث ابن مسعود ، ومنها عام الفتح كما في
 حديث سبرة أيضا . ومنها يوم حنين رواه النسائي من حديث علي . قال في الفتح
 ولعله تصحيف عن خيبر ، وذكره الدارقطني بلفظ حنين ، ووقع في حديث سلمة
 في عام أوطاس . قال السبيلي : وهو موافق لروايته من روى عام الفتح ، فإنها
 كانا في عام واحد ، ومنها في تبوك رواه الحازمي والبيهقي عن جابر ولكنه لم يبيحها
 لهم النبي صلى الله عليه وسلم قال «خرجنا مع رسول الله (ص) إلى غزوة تبوك
 حتى إذا كنا عند الثنية مما يلي الشام جاءتنا نسوة تمتعننا بهن يهفننا برجالنا ، فسألنا
 رسول الله (ص) عنهن فأخبرناهن ، فغضب وقام فينا خطيبا ، فحمد الله وأثنى عليه
 ونهى عن المتعة ، فتواعدنا يومئذ ولم نعد ؛ ولا نعود فيها أبداً ، فلهذا
 سميت ثنية الوداع » قال الذهبي وهذا اسناد ضعيف ، لكن عند ابن حبان من
 حديث أبي هريرة ما يشهد له .

قال ابن حجر . انه لا يصح من روايات الاذن بالمتعة شيء . بنير علة الا في

غزوة الفتح لأن الاذن في عمرة القضاء من مراسيل الحسن وكل مراسيله ضعيفة وعلى تقدير ثبوته فلمعله أراد أيام خيبر ، لأن القضاء وخيبر كانا في سنة واحدة ، كالفتح وأوطاس ، ويبعد كل البعد أن يقع في غزوة أوطاس بعد أن يقع التصریح في أيام الفتح قبلها فإنها حُرمت إلى يوم القيامة

(مسألة) وأما نكاح المحلل فإن الرجل إذا طلق امرأته ثلاثاً فإنها لا تحل له إلا بعد زوج وإصابة ، فإذا طلق امرأته وانقضت عدتها منه ثم تزوجت بآخر بعده ففيها ثلاث مسائل إحداهن أن يقول : زوجتك ابنتي إلى أن تطأها أو إلى أن تحلها للأول ، فإذا أحللتها فلا نكاح بينكما ، وهذا باطل بخلاف الأحاديث في لعن المحلل والمحلل له ووصفه بالنكس المستدار ، ولأن هذا أفسد من نكاح المتعة لأنه يعقده إلى مدة مجهولة . الثانية أن يقول : زوجتك ابنتي على أنك إن وطئتها طلقتهما . أو قال تزوجتك على أني إذا أحللتك للأول طلقتك ، وكان هذا الشرط بنفس العقد ففيه قولان .

(أحدهما) أن النكاح باطل لقوله صلى الله عليه وسلم : لعن الله المحلل والمحلل له ، ولم يفرق

(والثاني) أن النكاح صحيح ، والشرط باطل لأن العقد وقع مطلقاً من غير توقیت ، وأنه شرط على نفسه الطلاق ولم يؤثر في النكاح ، وإنما بطل المهر ، كما لو شرط أن لا يتزوج عليها أو لا يتسرى عليها .

(الثالثة) أن شرط عليه قبل النكاح أنه إذا أحلها الأول طلقها أو تزوجها أو نوى بنفسه ذلك فعقد النكاح عقداً مطلقاً فبكره له ذلك ، فإن عقد كان العقد صحيحاً ، وبه قال أبو حنيفة رضي الله عنه . وقال مالك والثوري والليث وأحمد والحسن والنخعي وقتادة رضي الله عنهم لا يصح

دليلنا ما روى الشافعي رضي الله عنه أن امرأة طلقها زوجها ثلاثاً وكن مسكيناً أعرابي يقعد بباب المسجد ، فجاءته امرأة فقالت : هل لك في امرأة تنكحها وتبيت معها ليلة فإذا أصبحت فارقتها ؟ فقال نعم ؛ قال فكان ذلك ، فلما تزوجها قالت له المرأة إنك إذا أصبحت فسيقولون لك طلقها فلا تفعل ، فإني لك كاتري

واذهب الى عمر رضى الله عنه ، فلما أصبح أتوه وأتوها فقالت لهم : أنتم جئتم به فسألوه أن يطلقها فأبى ، وذهب الى عمر رضى الله عنه فأخبره ، فقال له : الزم زوجتك ، وإن رابوك بريب فأتني ، وبعث الى المرأة الواسطة ففعل بها . وكان يغدو بعد ذلك ويروح على عمر رضى الله عنه في حلة ، فقال له عمر رضى الله عنه الحمد لله يا ذا الرقعتين الذى رزقك حلة تغدو بها وتروح ولم ينكر أحد على عمر ، فدل على أنه إجماع .

وقال أحمد : حديث ذى الرقعتين ليس له إسناد ، يعنى أن ابن سيرين لم يذكر إسناداه الى عمر (قلت) ولعل ذا الرقعتين لم يقصد التحليل ولا نواه ، وقد وافق ذلك ما أتوته زوجته .

(فرع) عقد المصنف هذا الفصل وسيأتى فى باب الخيار فى النكاح والرد بالعيب مزيد ، وجملة ما همنا أنه ان تزوج امرأة بشرط الخيار بطل العقد . لأنه لا مدخل للخيار فيه فأبطله ، فإن شرط فى العقد أنه لا يطؤها ليلا بطل الشرط لقوله صلى الله عليه وسلم : والمؤمنون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا ، رواه أبو داود والحاكم عن أبي هريرة والحاكم عن أنس والطبرانى عن عائشة ورافع بن خديج وقد مضى فى البيوع ، فإن كان هذا الشرط من قبل الزوج لم يبطل العقد ، لأن ذلك حق له ، وإن كان الشرط من جهة المرأة بطل العقد لأن ذلك حق عليها والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويجوز التعريض بخطبة المعتدة عن الوفاة والطلاق الثلاث لقوله تعالى : ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء ، ولما روت فاطمة بنت قيس : أن أبا حفص بن عمرو طلقها ثلاثا ، فأرسل إليها النبي (ص) لا تسبقينى بنفسك فزوجها بأسماء رضى الله عنه ،

ويحرم التصريح بالخطبة ، لأنه لما أباح التعريض دل على أن التصريح محرم ، ولأن التصريح لا يحتمل غير النكاح ، فلا يؤمن أن يحمل الحرف على النكاح

فتنخير بانقضاء العدة ، والتعريض يحتمل غير النكاح فلا يدعوها إلى الاخبار
بانقضاء العدة ، وان خالعهما زوجها فاعتدت لم يحرم على الزوج التصريح بخطبتهما ،
لأنه يجوز له نكاحها فهو معها كالأجنبي مع الأجنبية في غير العدة ، ويحرم على
غيره التصريح بخطبتهما لأنها محرمة عليه : وهل يحرم التعريض ، فيه قولان
(أحدهما) يحرم لأن الزوج يملك أن يستبيحها في العدة ، فلم يحز لغيره
التعريض بخطبتهما كالأجنبية .

(والثاني) لا يحرم لأنها معتدة بائن ، فلم يحرم التعريض بخطبتهما كما طلقة
ثلاثا ، والمنوفى عنها زوجها ، والمرأة في الجواب كالرجل في الخطبة فيها يحل
وفيها يحرم ، لأن الخطبة للعقد فلا يجوز أن يختلفا في تحليله وتحريمه ، والتصريح
أن يقول إذا انقضت عدتك تزوجتك أو ما أشبهه ، والتعريض أن يقول رب
راغب فيك . وقال الأزهري أنت جميلة وأنت مرغوب فيك ، وقال مجاهد مات
رجل وكانت امرأته تتبع الجنازة ، فقال لها رجل لا تسبقينا بنفسك ، فقالت قد
سبقك غيرك . ويكره التعريض بالجماع لقوله تعالى ولكن لا تواعدوهن سرا ،
وفسر الشافعي رحمه الله السر بالجماع ، فسماه سرا لأنه يفعل سرا ، وأنشد فيه
قول امرئ القيس

ألا زعمت بسباسة اليوم أني كبرت وأن لا يحسن السر أمثالي
ولأن ذكر الجماع دناءة وسخف

(الشرح) حديث زواج فاطمة بنت قيس بأسامة مضي في الفصول الأولى
من النكاح ، وقد رواه أحمد ومسلم وأصحاب السنن الخمسة وبيت امرؤ القيس
من قصيدة مطلعها

ألا عم صباحا أيها الطلل البالي وهل يعمن من كان في العصر الخالي
حتى قال : ألا زعمت بسباسة اليوم اني كبرت وأن لا يحسن السر أمثالي
كذبت لقد أصبى على المرء عرسه وأمنع عرسي أن يزن به الخالي
وفي بعض الروايات وأن لا يحسن اللام أمثالي ، وهي في الدواوين المطبوعة
هكذا ، إلا أن رواية الشافعي أضبط وهو الأديب الشاعر الذواقة القريب عمده
م ١٧ ج ١٦ المجموع

بامرئ القيس . وبسباسة اسم امرأة ، وقد فصح امرؤ القيس نفسه بتسجيل اتمام
بسباسة له بضعف الباه ، وقد حدث أن طلق أم جندب لأنها انحازت لعاقمة في
مقارضة بينهما في وصف العيد فانهمم بأناها له وامض ، وقد قالت له إني أكرمك
فقال ولم ؟ قالت لأنك ثقيل صدرك خفيف عجزك ، سريع الإراقة بطيء الإفاقة
فلما طلقها تزوجت بعلمقة فدعى علمقة الفحل ، لأنه كان أقوى على جماعها منه ،
وكان امرؤ القيس ملكا على كندة ثم سلب ملكه وفر إلى الروم ومات قبل البعثة
وإطلاق السر على الجماع كإطلاق الغيب على الفرج في قوله تعالى : قالص الحات
قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله ،

أما أحكام الفصل فقد روى البخاري عن ابن عباس : فيما عرضتم به من
خطبة النساء . يقول إني أريد التزويج ولوددت أنه يسر لي امرأة حاله ، وعن
سكينة بنت حنظلة قالت : استأذن علي محمد بن علي (وهو محمد الباقر بن علي
زين العابدين بن الحسين) ولم تنقض عدي من مملكتك زوجي ، فقال قد عرفت
قرايتي من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقرايتي من علي وموضعى من العرب ،
(قلت) غفر الله لك يا أبا جعفر ، إنك رجل يؤخذ عنك ، وتخطبني في عدي ؟
فقال إنما أخبرتك بقرايتي من رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن علي . وقد
دخل رسول الله (ص) علي أم سلمة وهي متأيمه من أبي سلمة ، فقال لقد علمت
أنى رسول الله وخيرته من خلقه وموضعى من قومي ، كانت تلك خطبته ، رواه
الدارقطني من طريق عبد الرحمن بن سليمان بن الغسيل وسكينة عمنه ، وهو
منقطع في خبر أم سلمة ، لأن محمدا لم يدرك النبي صلى الله عليه وسلم ، فن التعريض
أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لفاطمة بنت قيس لا تفوتينا بنفسك

قال الزمخشري في الكشاف : التعريض أن يذكر المتكلم شيئا يدل به على
شيء لم يذكره . واعترض على الزمخشري بأن هذا التعريف لا يخرج المجاز ،
وأجيب بأنه لم يقصد التعريف ، ثم حقق التعريض بأنه ذكر شيء مقصود بالفظ
حقيقي أو مجازي أو كناني ليدل به على شيء آخر لم يذكر في الكلام ، مثل أن
يذكر المجيء للتسليم ، ومراده التقاضى . فالسلام مقصود والتقاضى عرض ، أى
أميل إليه الكلام عن عرض ، أى جانب . وامتناز عن الكتاب به فلم يشتمل على جميع

أقسامها ، والحاصل أنهما يجتمعان ويفترقان ، فمثل : جئت لأسلم عليك كناية
وتعريض . ومثل طويل النجاد : كناية لا تعريض ، ومثل أذيتني فستعرف .
خطاباً لغير المؤذى تعريض بتهديد المؤذى لا كناية والتعريض كالتلويح والتلميح والتورية
قال الشافعي رضي الله عنه في الآية : ولا جناح عليكم فيها عرضتم به من خطبة
النساء ، الآية . قال وبلغ الكتاب أجله — والله أعلم — انقضاء العدة قال : فبين
في كتاب الله تعالى أن الله فرق في الحكم بين خلقه وبين أسباب الأمور وعقد
الأمور وبين إذ فرق الله تعالى ذكره بينهما أن ليس لأحد الجمع بينهما وأن لا يفسد
أمر بفساد السبب إذا كان عقد الأمر صحيحاً ولا بالنية في الأمر ، ولا تفسد
الأمور إلا بفساد إن كان في عقدها لا بغيره . ألا ترى أن الله حرم أن يعقد
النكاح حتى تنقضي العدة ولم يحرم التعريض بالخطبة في العدة ، ولا أن يذكرها
وينوي نكاحها بالخطبة لها والذكر لها والنية في نكاحها — إلى أن قال — قول
الله تبارك وتعالى : ولا تكن لا تواعدوهن سرأ ، يعني والله تعالى أعلم جماعاً إلا
أن تقولوا قولاً معروفاً قولاً حسناً لا فحش فيه . إلى أن قال : والتعريض الذي
أباح الله ما عدا التصريح من قول . وذلك أن يقول : رب متطلع إليك وراغب
فيك وحريص عليك ، وإنك أبحيث تحبين ، وما عليك أئمة ، وإني عليك لحريص
وفيك راغب ، وما كان في هذا المعنى مما خالف التصريح ، والتصريح أن يقول
تزوجيني إذا حللت ، أو أنا أتزوجك إذا حللت ، وما أشبه ذلك مما جاوز به
التعريض ، وكان بياناً أنه خطبة لا أنه يحتمل غير الخطبة . اهـ

وقال المسعودي هل يجوز التعريض بخطبة البائن بالثلاث . فيه قولان .
والمشهور هو الأول لحديث فاطمة بنت قيس ، ويحرم التصريح بخطبتها لأن الله
تعالى لما أباح التعريض بالخطبة دل على أنه لا يجوز التصريح بها ، ولأن التعريض
يحتمل النكاح وغيره ، والتصريح لا يحتمل غير النكاح فلا يؤمن أن يحتملها الحرص
على النكاح أن تخبر بانقضاء عدتها قبل انقضائها . وأما البائن التي تحل لزوجهما متى طافها
زوجها طائفة أو طلقته بموضع أو فسخ أحدهما النكاح بعيب فيجوز لزوجهما التعريض
بخطبتها والتصريح لأنها تحل له بعقد النكاح . وأما غير زوجهما فلا يحل له التصريح
بخطبتها كالبائن بالثلاث . وهل يجوز التعريض بخطبتها ، فيه قولان

(أحدهما) يجوز له التعريض بخطبتها لأنها معتدة بأثن عن زوجها ، فهي كالباثن بالوفاة أو بالثلاث .

(والثاني) لا يجوز له لأنها تحل لزوجها في حال العدة فهي كالرجعية . قال الشافعي رضي الله عنه : وكل معتدة حل للزوج التعريض بخطبتها حل لها التعريض بإجابته ، وكل من لا يحل له التعريض بخطبتها والتصریح لم يحل لها إجابته بتعريض ولا بتصریح ، لأنه لا يحل له ما يحرم عليها ولا يحل لها ما يحرم عليه فتساويا . إذا ثبت هذا فالتصریح ما لا يحتمل غير النكاح ، مثل أن يقول : أنا أريد أن أتزوجك ، أو إذا انقضت عدتك تزوجتك ، والتعريض بكل كلام احتمل النكاح وغيره كأن يقول : إن الله ليسوق إليك خيراً أو رزقا كان ذلك تعريضا . وهذا مذهبنا . وقال داود : لا تحل الخطبة سرا وإنما تحل علانية لقوله تعالى ولكن لا تواعدوهن سرا ، فهذا ليس بصحيح لأن الله تعالى لم يرد بالسرا ضد الجهر ، وإنما أراد أن لا يعرض للمعتدة بالجماع ولا يصرح به مثل أن يقول : عندي جماع يصلح لمن جومعه ، ولا يكره للرجل التعريض لزوجته بالجماع ولا التصریح به لأنه لا يكره له جماعها فلأن لا يكره له ذكره أولى ، والاية وردت في المعتدات ، فإن عرض بخطبة امرأة — لا يحل له التعريض بخطبتها — أو صرح بخطبتها ثم انقضت عدتها وتزوجها صح نكاحها

وقال مالك : يبينها بطلقة واحدة . دليلنا أن النكاح حادث بعد المعصية فلا تؤثر المعصية فيه ، كما لو قال لا أتزوجها إلا بعد أن أراها متجردة ، فتجردت له ثم نكحها . أو قالت لا أرضى نكاحه حتى يتجرد لي أو حتى يجامعني ، فتجرد لها أو جامعا ثم تزوجها

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ومن خطب امرأة فصرح له بالإجابة حرم على غيره خطبتها إلا أن يأذن فيه الأول ، لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن يخطب الرجل على خطبة أخيه ، حتى يترك الخاطب الأول أو يأذن له فيخطب ، وإن لم يصرح له بالإجابة ولم يعرض له لم يحرم على غيره ، لما روى

أن فاطمة بنت قيس قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم : إن معاوية وأبا الجهم خطباني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أما أبو الجهم فلا يضع العصا عن عاتقه وأما معاوية فصملوك لا مال له فأنكرى أسامة ،

وان عرض له بالاجابة ففقه قولان ، قال في القديم تحرم خطبتهما الحديث ابن عمر رضي الله عنه ، ولأن فيه إفساداً لما تقارب بينهما . وقال في الجديد لا تحرم لأنه لم يصرح له بالاجابة فأشبهه إذا سكنت عنه ، فإن خطب على خطبة أخيه في الموضع الذي لا يجوز فتزوجها صح النكاح ، لأن المحرم سبق العقد فلم يفسد به العقد . وبالله التوفيق

(الشرح) حديث ابن عمر رواه أحمد والبخاري والنسائي . وقد روى أحمد ومسلم عن عتبة بن عامر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : المؤمن أخو المؤمن فلا يحل للمؤمن أن يبتاع على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه حتى يذر ، وأخرج البخاري والنسائي عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم : لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه حتى ينسكح أو يترك ،

وفي لفظ. للبخاري من حديث ابن عمر : نهى أن يبيع بعضكم على بيع بعض أو يخطب ، وفي لفظ لا أحد من حديث الحسن عن سمرة : أن رسول الله (ص) نهى أن يخطب الرجل على خطبة أخيه ، وقد استدلل الجمهور على تحريم الخطبة على الخطبة بهذه الأحاديث الناهية وجزموا بالتحريم

وحكى النووي أن النهى فيه للتحريم بالإجماع . وقال الخطابي إن النهى هنا للناديب وليس بنهي تحريم يبطل العقد عند أكثر الفقهاء . قال الحافظ ولا ملازمة بين كونه للتحريم وبين البطلان عند الجمهور ، بل هو عندهم للتحريم ولا يبطل العقد . ولكنهم اختلفوا في شروطه ، فقالت الشافعية والحنابلة محل التحريم إذا صرحت المخطوبة بالاجابة أو وليها الذي أذنت له . وأما ما احتج به من حديث فاطمة بنت قيس الذي مضى تخريجه في الكفاة أن معاوية وأبا الجهم خطباها فلم يشكر النبي صلى الله عليه وسلم ذلك عليهما ، بل خطبها لأسامة فليس

فيه حجة كما قال النووي لا احتمال أن يكونا خطباهما معاً أو لم يعلم الثاني بخطبة الأول والنبي صلى الله عليه وسلم أشار بأسامة ولم يخطب ، وعلى تقدير أن ذلك كان خطبة فإملاؤه كان بعد ظهور رغبتهما عنهما ، وظاهر حديث فاطمة أن أسامة خطبها مع معاوية وأبي الجهم فهي عند أحمد ومسلم وأصحاب السنن الخمسة : أبي داود والترمذي وابن ماجه والنسائي والدارقطني ، قالت : وقل لي رسول الله (ص) إذا حلت فأذنيني فأذنته فخطبها معاوية وأبو الجهم وأسامة بن زيد . الحديث ، وعن بعض المالكية لا تمتنع الخطبة إلا بعد التراضي على الصداق . ولا دليل على ذلك . وقال داود : إذا تزوجها الثاني ففسخ النكاح قبل الدخول وبعده . والمالكية في ذلك قولان ، فقال بعضهم يفسخ قبله لا بعده . قال في الفتح : وحجة الجمهور أن المنهي عنه الخطبة وهي ليست شرطاً في صحة النكاح فلا يفسخ النكاح بوقوعها غير صحيحة .

قال في الأم : وإن قالت امرأة لوليها زوجني من شئت أو بمن ترى ، حل لكل أحد خطبتها لحديث فاطمة بنت قيس قالت : طلقني زوجي أبو حفص بالشام ثلاثاً فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فأخبرته بذلك فأمرني أن أعتد في بيت أم مكتوم وقال : إذا حلت فأذنيني ، فلما انقضت عدتي أتيت به فأخبرته وفات له إن معاوية وأبا جهم ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم أما معاوية فصعلوك لا مال له : وأما أبو جهم فلا يضع العصا عن عاتقه ، ولكن أدلك على من هو خير لك منهما ، قلت ومن يا رسول الله ؟ قال أسامة بن زيد . قلت أسامة . قال نعم أسامة . الخ الحديث

قال الشافعي رضي الله عنه ، ولم تكن فاطمة رضي الله عنها أذنت في نكاحها من معاوية ولا من أبي الجهم ؛ وإنما كانت تستشير النبي صلى الله عليه وسلم ، ومعلوم أن الرجلين إذا خطبا امرأة خطبها أحدهما بعد الآخر فلم ينكر النبي (ص) على الأخير منهما ثم خطبها النبي صلى الله عليه وسلم لثالث بعدهما فدل على جوازه وإن خطب رجل امرأة إلى وليها وكان ممن يخيرها فعرض له بالاجابة ، ولم يصرح مثل أن يقول أنا أستشير في ذلك ، أو أنت مرغوب فيك ، أو يشترط بشرائط العقد مثل تقديم المهر وغيره ، فهل يحرم على غيره خطبتها ، فيه قولان .

قال في القديم بحرم على غيره خطبتها ، وبه قال مالك وأبو حنيفة لقوله صلى الله عليه وسلم لا يخطب الرجل على خطبة أخيه ، ولم يفصل . ولأن فيه إفساداً لما يقارب بينهما .

وقال في الجديد لا يحرم على غيره خطبتها ، وهو الصحيح ، لأن النبي (ص) خط - فاطمه بنت قيس لا سامة بعد أن أخبرته أن معاوية وأبا الجهم خطباها ولم يسألها هل ركنت إلى أحدهما أو رضيت به أم لا ، فدل على أن الحكم لا يختلف بذلك ، لأن الظاهر من حالها أنها ما جاءت تستشير إلا وقد رضيت بذلك وركنت إليه .

قال الصيغرى فإن خطب رجل خمس نسوة جملة واحدة فأذن في نكاحه لم يحل لأحد خطبة واحدة ممن حتى يترك أو يعقد على أربع ، فيحل خطبة الخامسة ، وإن خطب كل واحد وحده فأذنت كل واحدة في نكاحه لم يجوز لغيره خطبة الأربع الأولات ، ويحل خطبة الخامسة لغيره .

إذا ثبت هذا ، فإن خطب رجل امرأة في الحالة التي قلنا لا يحل له خطبتها فيه وتزوجها صح ذلك . وقال داود لا يصح ، وحكاه ابن الصباغ عن مالك رضى الله عنه . دليلنا أن المحرم إنما يفسد العقد إذا قارنه ، فأما إذا تقدم عليه لم يفسده ، كما لو قالت امرأة لا أزوج فلاناً حتى أراه مجرداً فتجرد ثم تزوج بها . إذا تقرر هذا فذكر أصحابنا في حديث فاطمه بنت قيس رضى الله عنها فوائد (وقد مر نصه) وقد اختلفت الروايات فيه ، فروى أن زوجها طلقها بالشام فجاءها وكيله بشعير فسخط به ، فقال لها مالك علينا شيء ، فأنت النبي (ص) تستفتيه فقال لها لا نفقه لك إلا أن تكوني حاملاً ، فأجبت ففوائد الخبر أنه دل على جواز الطلاق .

(الثانية) أنه يدل على جواز الطلاق الثلاث (الثالثة) أن طلاق الغائب يقع (الرابعة) أنه يجوز للمرأة أن تستفتي لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم ينكر عايتها (الخامسة) أن كلامها ليس بعورة (السادسة) أنه يجوز المعتدة أن تخرج من منزلها للحاجة (السابعة) أنه لا نفقه للمبتوتة الحائض خلافاً لأبي حنيفة (الثامن) أن للحامل المبتوتة النفقة (التاسعة) يدل على جواز نقل المعتدة

عن بيت زوجها ، واختلف لآى معنى نقلها النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال ابن المسيب كانت بذينة أو كانت تستطيل على أحمائها . وقالت عائشة أم المؤمنين عليها السلام : كان بيت زوجها وحشاً خفيف عليها فيه ، وأى الروايتين صح مع الخبر دليل على جواز النقل لأجله (العاشرة) يدل على جواز التعريض بالخطبة المعتدة (الاحدى عشرة) أنه يجوز للرجل أن يعرض المعتدة بالخطبة لغيره لأن النبي صلى الله عليه وسلم عرض لها في الخطبة لأسامة بن زيد رضى الله عنهما لا لنفسه (الاثنتا عشرة) أنه يجوز للمرأة أن تستشير الرجال لأنها جاءت تستشير النبي صلى الله عليه وسلم

(الثالثة عشرة) يدل على جواز وصف الانسان بما فيه ، وإن كان يكره ذلك للحاجة ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم وصف معاوية رضى الله عنه وأبا جهم رضى الله عنه بما فيهما وإن كانا يكرها ذلك

(الرابعة عشر) أنه يجوز أن يعبر بالأغلب عن الشيء . ويذكر العموم والمراد به الخصوص لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : أما معاوية فصعلوك لا مال له ؛ ومعلوم أنه لا يخلو أن يملك شيئاً من المال وإن قل كثيابه وما أشبهها وإنما أراد أنه لا يملك ما يتعارفه الناس مالا ، وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم في أبي جهم لأنه لا يضع عصاه عن عاتقه ، وإن كان لا يخلو أن يضعها في بعض أوقاته ، والصعلوك الفقير . قال الشاعر

غنيما زمانا بالنصعك والغنى وكلا سقانا بكأسيهما الدهر
وأما قوله صلى الله عليه وسلم لا يضع العصا عن عاتقه ففيه تأويلان . أحدهما لأنه كثير الاسفار . قال الشاعر

فألفت عصاها واستقرت بها النوى كما قر عيناً بالاياب المسافر
فعلى هذا يكون فيه دليل على جواز السفر بغير إذن زوجته (الثانى) أنه أراد أنه كان كثير الضرب لزوجته ؛ ولهذا قال صلى الله عليه وسلم : لا ترفع عصاك على أهالك ، أى فى التأديب فى الكلام أو الضرب ، فعلى هذا التأويل يدل على جواز ضرب الزوج لزوجته لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يخرج مخرج الفكير

وقال بعضهم : يدل على أنه كثير الجماع . وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم لا ترفع عصاك عن أهلك . أراد به الكتابة عن الجماع . فيكون في هذه الدلالة دلالة على جواز الكتابة بالجماع ، وهذا غلط في التأويل ، لأنه ليس من الكلام ما يدل على أنه أراد هذا .

قال الصيمري : ولو قيل أنه أراد بقوله صلى الله عليه وسلم هذا كثرة الجماع أى أنه كثير التزويج لكان أشبه (الثامنة عشرة) يدل على جواز خطبة الرجل ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم خطبها لأسامة (التاسعة عشرة) أنه يجوز للرجل أن يخطب امرأة قد خطبها غيره إذا لم يتقدم اجابة الأول

(العشرون) أنه يجوز للمستشار أن يشير على المستشار بما لم يسأله عنه لأنها لم تستشر في أسامة رضى الله عنه (الاحدى والعشرون) أنه لا يجب على المستشار المصير الى ما أشار به المشير لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يقل لها يجب عليك المصير الى ما أشرت به ، وإنما أعاد ذلك عليها على سبيل المشورة

(الثالثة والعشرون) أن الخير لا يختص بالنسب ، لأن النبي (ص) قال أدلك على من هو خير منهما ، ونسبهما خير من نسبه (الرابعة والعشرون) أن الكفاءة ليست بشرط في النكاح ، لأنها قرشية وأسامة مولى

(الخامسة والعشرون) أنه يجوز أن يخطب المرأة الى نفسها ، وإن كان لها ولي . والله تعالى أعلم بالصواب

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب الخيار في النكاح والرد بالعيب

إذا وجد الرجل امرأته مجنونة أو مجذومة أو برصاء أو رتقاء - وهى التى انسد فرجها - أو قرناء وهى التى فى فرجها لحم يمنع الجماع ، ثبت له الخيار . وإن وجدت المرأة زوجها مجنوناً أو مجذوماً أو برصاً أو مجبوباً أو عنيباً ، ثبت لها الخيار ، لما روى زيد بن كعب بن عجرة قال : تزوج رسول الله (ص) امرأة من بنى غفار فرأى بكشها بياضاً فقال لها النبي (ص) البسى ثيابك والحق بأهلك ،

فثبت الرد بالبرص بالخبر . وثبت في سائر ما ذكرناه بالقياس على البرص ، لأنها في معناه في منع الاستمتاع .

وإن وجد أحدهما الآخر وله فرج الرجال وفرج النساء ففيه قولان :
(أحدهما) يثبت له الخيار ، لأن النفس تعاف عن مباشرته فهو كالبرص
(والثاني) لا خيار له ، لأنه يمكنه الاستمتاع به .

وإن وجدت المرأة زوجها خصياً ففيه قولان
(أحدهما) لها الخيار ، لأن النفس تعافه (والثاني) لا خيار لها لأنها تقدر على الاستمتاع به ، وإن وجد أحدهما بالآخر عيباً وبه مثله ، بأن وجدته أبرص وهو أبرص ففيه وجهان

(أحدهما) له الخيار ، لأن النفس تعاف من عيب غيرها وإن كان بها مثله
(والثاني) لا خيار له لأنها متساويان في النقص فلم يثبت لهما الخيار ، كما لو تزوج عبد بامة . وإن حدث بعد العقد عيب يثبت به الخيار ، فإن كان بالزوج ، ثبت لها الخيار ، لأن ما ثبت به الخيار إذا كان موجوداً حال العقد ثبت به الخيار إذا حدث بعد العقد كالإعسار بالمهر والنفقة . وإن كان بالزوجه ففيه قولان

(أحدهما) يثبت به الخيار ، وهو قوله في الجديد ، وهو الصحيح ، لأن ما ثبت به الخيار في ابتداء العقد ثبت به الخيار إذا حدث بعده كالعيب في الزوج
(والثاني) وهو قوله في القديم أنه لا خيار له ، لأنه يملك أن يطلقها

(الشرح) خبر زيد بن كعب بن عجرة رواه أحمد هكذا : حدثنا القاسم المزني قال أخبرني جميل بن زيد قال : سمعت شيخاً من الأنصار ذكر أنه كانت له صحبة يقال له كعب بن زيد أو زيد بن كعب ، فحدثني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج امرأة من غفار فلما دخل عليها وضع ثوبه وقعد على الفراش أصر بكشحمها بياضاً . فأنحاز عن الفراش ثم قال : خذي عليك ثيابك ولم ياخذ مما آتاها شيئاً ، وهذا يدور سنده على رجلين هما موضع نظر ، أولها جميل بن زيد وثانيهما زيد بن كعب أو كعب بن زيد ، ونتمكلم عن الثاني لشرف الصحبة فنقول :

رواية أحمد بن عرفت زيد بن كعب ولم نعرف من الصحابة سوى زيد بن كعب
البهزي ثم السلمى صاحب الظبي الخائف وكان صائده ، وقد سقنا في الأقطعة ،
ومن قبل ساقه النووى فى الصيد ، وليس هو الذى حدث جميلا ، وإن كان كعب
ابن زيد فليس عندنا مصدر يعرفنا به سوى جميل بن زيد . ولذلك جاء التعريف
به فى الاستيعاب هكذا : كعب بن زيد ويقال زيد بن كعب . روى قصة الغفارية
التي وجد رسول الله صلى الله عليه وسلم البياض بكشحها . روى عنه جميل بن زيد
وفى الخبر اضطراب . اهـ

ويأتى الحاكم فيروى عن جميل هذا فيقول عن جميل بن زيد الطائى عن زيد
ابن كعب بن عجرة عن أبيه ، فيكون الصحابي هنا كعب بن عجرة الأنصارى وهو
من مشاهير الصحابة فلا يناسبه ما فى رواية أحمد صحبت شيخنا ذكر أنه كانت له
صحبة يقال له الخ .

ويأتى اسماعيل بن زكريا فيقول : حدثنا جميل بن زيد ، حدثنا ابن عمر قال
تزوج النبي (ص) امرأة وخلى سبيلها . الحديث
فهو تارة يرويه عن زيد بن كعب أو كعب بن زيد شيخ ذكر أن له صحبة ،
وتارة يرويه عن زيد بن كعب بن عجرة الأنصارى عن أبيه ، وتارة يرويه عن
ابن عمر مع أن ابن حبان يقول روى عن ابن عمر ولم ير ابن عمر . وقال ابن معين
جميل بن زيد ليس بثقة . وقال البخارى لم يصح حديثه . وروى أبو بكر بن عياش
عن جميل قال هذه أحاديث ابن عمر ، ما سمعت من ابن عمر شيئا ، إنما قالوا لي
اكتب أحاديث بن عمر فقدمت المدينة فكتبتها

وقال أبو القاسم البغوى فى معجمه الاضطراب فى حديث الغفاريه منه ، يعنى
تارة عن ابن عمر وتارة عن هذا وتارة عن ذاك . قال وقد روى أحاديث عن ابن
عمر يقول فيها : سألت ابن عمر ، مع أنه لم يسمع من ابن عمر شيئا ، وقال أبو حاتم
والبغوى وضعيف الحديث ، وقال النسائى ليس بثقة ، وقد قال العلامة السفارنى
فى كتابه نفحات صدر المكمد وقوة عين الارمد لشرح ثلاثيات مسند الإمام أحمد
قال ابن حبان : جميل بن زيد دخل المدينة بعد موت ابن عمر رضى الله عنهما .

لجمع أحاديثه ثم رجع إلى البصرة فرواها ، ورواه سعيد بن منصور في سننه عن
زيد بن كعب بن عجرة ولم يشك ، وكذا قال الإمام ابن القيم في الهدى : زيد بن
كعب بن عجرة . اهـ

والحاصل أن الحديث لم يثبت من طريق آخر فآفته في جميع الكتب جميل
ابن زيد . ولذلك لا نستطيع أن نجزم بواقعة زواج النبي صلى الله عليه وسلم من
الغفارية . أما أحكام الرد بالعيب في النكاح فإنها ثبتت بالقواعد الكلية في العود
والمعاوضات وغير ذلك على ما سيأتى ، ولكن ابن حجر بصحح رواية الشافعى
من طريق مالك وابن أبي شيبة عن أبي إدريس عن يحيى قال : ورجاله ثقات
أما اللغات فقوله : أبصر بكشحا ، أى خصرها أو بطنها ، والكشح ما بين
الخاصرة إلى الضلع الخلف . وفي حديث سعد : إن أميركم هذا لأهضم الكشحين
أى دقيق الخصرين

وقوله : بياضا ، يحتمل أن يكون بهما ويحتمل أن يكون برضا ، وهو الأصح
وإن كان كل منهما تكرهه النفس . قوله : امرأة من غفار ، قيل اسمها الغالية ،
وقيل أسماء بنت النعمان ، قاله الحاكم ، يعنى الجونية . وقال الحافظ بن حجر .
الحق أنها غيرها .

أما الأحكام فإنه إذا وجد أحد الزوجين عيبا بالآخر ثبت له الخيار في فسخ
النكاح ، والعيوب التى يثبت لأجلها الخيار في النكاح خمسة ، ثلاثة يشترك فيها
الزوجان ، وينفرد كل واحد منهما باثنين ، فأما الثلاثة التى يشتركان فيها ،
فالجنون والجذام والبرص ، وينفرد الرجل بالجلب والعنة وتنفرد المرأة بالرتق
والقرن ، فالرتق أن يكون فرج المرأة مسدودا يمنع من دخول الذكر ، والقرن
قيل هو عظم يكون في فرج المرأة يمنع من الوطء . والمحققون يقولون هو لحم
ينبت في الفرج يمنع من دخول الذكر ، مثل أن يتورم الرحم وتنشأ عليه أورام
سرطانية تسد مدخل فرجها ، وإنما يصيب المرأة ذلك في بعض حالات الولادة ؛
هذه العيوب يثبت بها الخيار . هذا مذهبا وبه قال عمر رضى الله عنه وابن عباس
رضى الله عنهما ومالك وأحمد وإسحاق

وقال على كرم الله وجهه وابن مسعود رضى الله عنه لا يفسخ النكاح بالعيب

والله صار النخعي والثوري وأبو حنيفة ، إلا أنه قال إذا وجدت المرأة زوجها محبوبا أو عنيينا كان لها الخيار ، فإن اختارت فرق بينهما الحاكم بتطليقهما . دليانا الخبر المذكور وما قاله عمر رضي الله عنه فيما روى يحيى بن سعيد الأنصاري عن سعيد بن المسيب عنه رضي الله عنه : أيما امرأة زوجت وبها جنون أو جذام أو برص فدخل بها ، ثم اطلع على ذلك فلما مهرها بمسيبه إياها ، وعلى الرولى الصداق بما دلس كما غره . وكذا روى الشعبي عن علي رضي الله عنه : أيما امرأة نكحت وبها برص أو جنون أو جذام أو قرن ، فزوجها بالخيار ما لم يمسهما ، إن شاء أمسك ولا طلق . وإن مسها فلها المهر بما استحل من فرجها . ولأن المجنون منهما يخاف منه على الآخر وعلى الولد ، والجب والعنة والرتق والقرن يتعذر معها مقصود الوطء والجذام والبرص تعاف النفوس من مباشرته

قال الشافعي رضي الله عنه : ويخاف منهما العدو للآخر وإلى النسل ، فإن قيل فقد قال النبي صلى الله عليه وسلم لا عدوى ولا هامة ولا صفر . وقال صلى الله عليه وسلم لا يعدى شيء شيئا ، فقال أعرابي يا رسول الله إن الثفر قد تكون بمشفر البعير أو بذنبه في الأبل العظيمة فتجرب كلها ، فقال النبي (ص) فما أجرب الأول .

قال أصحابنا وقد وردت أيضا أخبار بالعدوى ، فمنها قوله صلى الله عليه وسلم لا يوردن ذو عامة على مصحح وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تديموا النظر إلى المجذومين ، فمن كلمه منكم فليكن بينهم وبينه قدر روح

وروى أن رجلا جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم ليبياعه فأخرج يده فإذا هي جذماء ، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم ضم يدك قد يابعتك . وكان من عادته صلى الله عليه وسلم المصافحة فامتنع من مصافحته لأجل الجذام ، وقال صلى الله عليه وسلم وفر من المجذوم فرارك من الأسد ،

قال العمراني في البيان وإنما نفى النبي صلى الله عليه وسلم العدوى الذي يعتقده الملاحدة ، وهو أنهم يعتقدون أن الأدوية تعدى بأنفسها وطباعتها . وأيسر هذا بشيء وإنما العدوى الذي نريده أن يقول إن الداء جرت العادة أن يخلق الداء عند ملاقة الجسم الذي فيه الداء ، كما أنه أجرى العادة أن يخلق الأبيض بين

الابيضين والاسود بين الاسودين ، وإن كان في قدرته أن يخلق الابيض من الاسودين لا أن هذه الادواء تعدي بنفسها ،

وأما قوله صلى الله عليه وسلم لا هامة ولا صفر ، فإن أهل الجاهلية كانوا يقولون : إذا قتل الإنسان ولم يؤخذ بشاره خرج من رأسه طائر يصرخ ويقول اسقوني دم قاتلي . هكذا حكاه ابن الصباغ . وأما الصفر فإن أهل الجاهلية كانوا يقولون في الجوف دابة تسمى الصفر إذا تحركت جاع الإنسان وهي أعداء من الجرب عند العرب ، وقيل هو تأخير حرمة المحرم إلى صفر ، فأبطل النبي صلى الله عليه وسلم كل ذلك .

وقد بسط الشافعي رضي الله عنه في أحكام العيب فقال : ولو تزوج الرجل امرأة على أنها جميلة شابة موسرة تامة بكر فوجدها عجوزاً قبيحة معدمة قطماء ثيباً أو عمياء أو بها ضر ما كان الضر غير الأربع التي سمينا فيها الخيار - يعني الجذماء والبرصاء والرتقاء والمجنونة - فلا خيار له ، وقد ظلم من شرط هذا نفسه . إلى أن قال : وليس النكاح كالبيع فلا خيار في النكاح من عيب ينحصر المرأة في بدنها ولا خيار في النكاح عندنا إلا من أربع . أن يكون حلق فرجها عظيماً لا يوصل إلى جماعها بحال ، وهذا مانع للجماع الذي له عامة ما نكحها ، فإن كانت رتقاء فكان يقدر على جماعها بحال فلا خيار له ، أو عالجت نفسها حتى تصير إلى أن يوصل إليها فلا خيار للزوج ، وإن لم تعالج نفسها فله الخيار إذا لم يصل إلى الجماع بحال . وإن سألها أن يشقه هو بحديدة أو ما شابهها ويجبرها على ذلك ، لم أجعل له أن يفعل وجعلت له الخيار . وإن فعلته هي فوصل إلى جماعها قبل أن أخيره لم أجعل له خياراً ، وإن كان لو كان القرن مانعاً للجماع كان كارتق أو تكون جذماء أو برصاء أو مجنونة ، ولا خيار في الجذماء حتى يكون بينا ، فأما الزعر في الحاجب أو علامات ترى أنها تكون جذماء ولا تكون فلا خيار فيه بينهما . وقال الجنون ضربان ، فضرب خنق وله الخيار بقليله وكثيره ، وضرب غلبة دلى عقله من غير حادث مرض فله الخيار في الحالين معاً . وهذا أكثر من الذي يخنق ويفيق . اهـ

وذهب بعض الحنابلة إلى ما ذهب إليه أصحابنا ، إلا أنهم جعلوا خيار العيوب

على التراخي ، لا يسقط الا أن يوجد منه دلالة على الرضا من قول أو وطى .
أو تمكن مع العلم بالعيب أو يأتي بصريح الرضا ، فإن ادعى الجبل بالخيار ومثله
يجمله فالأظهر ثبوت الفسخ ، هكذا أفاده ابن تيمية . وقال في شرح الثلاثيات
العلامة السفاريني الحنبلي : لا بد لصحة فسخ النكاح بأحد العيوب المذكورة من
حكم حاكم خلافاً لشيخ الاسلام ابن تيمية

وقال داود الظاهري وابن حزم ومن وافقهما : لا يفسخ النكاح بعيب البينة ،
قال السفاريني ، وقال الإمام ابن القيم من علمائنا ، يسوغ الفسخ بكل عيب ترد
به الجارية في البيع من العمى والخرس والطرش ~~و~~ ونهاية طوعة المدين أو
الرجلين أو أحدهما أو كون الرجل كذلك ، لأن هذه الامور من أعظم المنفرات
والسكوت عنه من أقبح التدليس والغش وهو مناف للدين ، والاطلاق ينصرف
إلى السلامة فهو كالمشروط عرفاً . قال والقياس أن كل عيب ينفر أحد الزوجين
منه ولا يحصل به مقصود النكاح من المودة والرحمة يوجب الخيار ، وهو أولى
من البيع ، كما أن الشروط المشروطة في النكاح أولى بالوفاء من شروط البيع اهـ
(فرع) إن وجد كل واحد من الزوجين بصاحبه عيباً — فإن كان العيبان من
جنسين بأن كان أحدهما أجذم والآخر أبرص ثبت لكل واحد منهما الخيار لأن
نفس الانسان تعاف من داء غيره . وإن كانا من جنس واحد بأن كان كل واحد
منهما أجذم أو أبرص ففيه وجهان

(أحدهما) لا يثبت لواحد منهما الخيار لأنهما متساويان في النقص فهو كما
لو تزوج عبد امرأة فكانت أمة

(والثاني) يثبت لكل واحد منهما الخيار لأن نفس الانسان تعاف من عيب
غيره وإن كان به مثله . وإن أصاب الرجل امرأته قرناً أو رتقاء وأصابته عينها
أو مجبواً ففيه وجهان . أحدهما يثبت لكل واحد منهما الخيار لوجود النقص
الذي يثبت لأجله الخيار . والثاني لا خيار لواحد منهما : لأن الرتق والقرن
يمنع الاستمتاع والمجبوب والعين لا يمكنه الاستمتاع فلم يثبت الخيار .

هذا الكلام في العيوب الموجودة حال العقد التي لم يعلم بها الآخر . فأما إذا
حدث شيء من هذه العيوب بأحد الزوجين بعد العقد نظرت ، فإن كان ذلك

بالزوج ويتصور فيه حدوث العيوب كلها إلا العنة فإنه لا يتصور أن يكون غير عنين قبله ثم يكون عنيئاً بعده ، فإذا حدث فيه أحد العيوب الأربعة ثبت للزوجة الخيار ، لأن كل عيب ثبت لأجله الخيار إذا كان موجوداً حال العقد ثبت لأجله الخيار إذا حدث بعد العقد كالأعسار بالفققة والمهر . وإن كان ذلك حادثاً في الزوجة فإنه يتصور بها جميع العيوب الخمسة ، فإذا حدث منها شيء فهل يثبت للزوج فسخ النكاح ؟ فيه قولان

قال في القديم : لا يثبت له الفسخ . وبه قال مالك رضي الله عنه لأنها لم تدلس عليه ، ولأنه يمكن التخلص من ذلك بالطلاق

وقال في الجديد : يثبت له الخيار في الفسخ ، وهو الصحيح ، وقد استدلل أصحابنا لصحة هذا بخبر زواج النبي صلى الله عليه وسلم بالغفاريه وردھا لما وجد في كشحها بياضاً . ولأن كل عيب يثبت لأجله الفسخ إذا كان موجوداً حال العقد يثبت لأجله الفسخ إذا حدث كالعيب بالزوج ، والقول الأول يمكنه أن يطلق يبطل بالعيب الموجود حال العقد فإنه يمكنه أن يطلق ومع هذا فثبت له الفسخ ، (فرع) قال في الاملاء : إذا علم بالعيب حال العقد فلا خيار له لأنه عيب رضي به فلم يكن له الفسخ لأجله ، كما لو اشترى شيئاً معيباً مع العلم به . فإن أصاب أحد الزوجين بالآخر عيباً فرضى به سقط حقه من الفسخ لأجله ، فإن وجد عيباً غيره بعد ذلك ثبت له الفسخ لأجله لأنه لم يرض به ، وإن زاد العيب الذي رآه ورضى به نظرت ، فإن حدث في موضع آخر بأن رأى البرص والجذام في موضع من البدن فرضى به ، ثم حدث البرص في موضع آخر من البدن كان له الخيار في الفسخ ، لأن هذا غير الذي رضي به ؛ وإن اتسع ذلك الموضع الذي رضي به لم يثبت له الخيار لأجله ، لأن رضاه به رضاه بما تولد منه

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) والخيار في هذه العيوب على الفور ، لأنه خيار ثبت بالعيب فكان على الفور ، كخيار العيب في البيع . ولا يجوز الفسخ إلا عند الحاكم لأنه يختلف فيه .

(فصل)

وان فسخ قبل الدخول سقط المهر ، لأنه إن كانت المرأة فسخت كانت الفقرة من جهتها فسقط مهرها ، وإن كان الرجل هو الذى فسخ إلا أنه فسخ للمعنى من جهة المرأة وهو التدنيس بالعيب فصار كأنها اختارت الفسخ ، وإن كان الفسخ بعد الدخول سقط المسمى ووجب مهر المثل ، لأنه يستند الفسخ الى سبب قبل العقد فيصير الوطء كالحاصل فى نكاح فاسد فوجب مهر المثل ، وهل يرجع به على من غره ؟ فيه قولان .

قال فى القديم : يرجع لأنه غره حتى دخل فى العقد .

وقال فى الجديد : لا يرجع لأنه حصل له فى مقابله الوطء ، فإن قلنا يرجع فإن كان الرجوع على الولي رجع بجميعه ، وإن كان على المرأة ففيه وجهان (أحدهما) يرجع بجميعه كالولي (والثاني) يبقى منه شيئاً حتى لا يعرى الوطء عن بدل . وإن طلقها قبل الدخول ثم علم أنه كان بها عيب لم يرجع بالنصف ، لأنه رضى بإزالة الملك والتزام نصف المهر فلم يرجع به .

(فصل) ولا يجوز لولي المرأة الحرة ولا لسيده الأمة ولا لولي الطفل تزويج المولى عليه ممن به هذه العيوب ، لأن فى ذلك إضراراً بالمولى عليه ، فإن خالف وزوج فعلى ما ذكرناه فيمن زوج المرأة من غير كف ، وإن دعت المرأة الولي أن يزوجه بمجنون لم يلزمه تزويجها لأن عليه فى ذلك عاراً ، وإن دعت الى نكاح محبوب أو عنين ، لم يكن له أن يمتنع ، لأنه لا ضرر عليه فى ذلك ، وإن دعت الى نكاح مجنون أو أبرص ففيه وجهان (أحدهما) له أن يمتنع لأن عليه فى ذلك عاراً (والثاني) ليس له أن يمتنع لأن الضرر عليها دونه .

(فصل) وإن حدث العيب بالزوج ورضيت به المرأة لم يجبرها الولي على الفسخ ، لأن حق الولي فى ابتداء العقد دون الاستدामه ، ولهذا لو دعت المرأة الى نكاح عبد كان لولي أن يمتنع . ولو أعتقت تحت عبد فاختارت المقام معه لم يكن للولي إجبارها على الفسخ .

(الشرح) كل مريض قلنا لأحد الزوجين أن يفسخ النكاح بالعيب فإن ذلك الخيار يثبت له على الفور لا على التراخي لأنه خيار عيب لا يحتاج إلى نظر وتأمل فكان على الفور ، كما لو اشترى عينا فوجد بها عيباً ، فقولنا خيار عيب احتراز من خيار الأب في رجوعه بهبته لإبنه ومن خيار الولي في القصاص والعقر . وقولنا لا يحتاج إلى نظر وتأمل ، احتراز من المعتقد تحت عيب إذا قلنا يثبت لها الخيار على التراخي ولست أريد الفسخ يكون على الفور بل نريد المطالبة وهو أن أحد الزوجين إذا علم بالآخر عيباً فإنه يرفع ذلك إلى الحاكم ، فيستدعي الحاكم الآخر ويسأله ، فإن أقر به أو كان ظاهراً انفسخ النكاح بينهما ، وإن أنكر وكان خفياً فعلى المدعى البينة ، فإذا أقام البينة فسخ النكاح بينهما .

وقال أصحاب أحمد : إن خيار العيب ثابت على التراخي لا يسقط ما لم يوجد منه ما يدل على الرضى به من القول والاستمتاع من الزوج أو التمكن من المرأة أفاده الحرقي في ظاهر كلامه ، وذكر القاضي من الحنابلة أنه على الفور ، كما أن ظاهر مذهب الحنابلة أن الفسخ يحتاج إلى الحاكم لأنه مجتهد فيه ، وذهب السفاريني من الحنابلة إلى أن الفسخ لا يحتاج إلى الحاكم كالرد بالعيب في البيع . وبرى ابن تيمية فسخه بالحاكم كما في الفتاوى له .

وقد رأيت في البيان للأمراني من الشافعية (مخطوطة دار الكتب العربية) بهامش الجزء السامع ما يأتي : وفيه وجه أنه ينفرد كل واحد من الزوجين بالفسخ من غير مرافعة الحاكم ، كفسخ البيع بالعيب ينفرد به كل واحد من المتبايعين اهـ وقال قاضيخان من أصحاب أبي حنيفة : إذا كان الزوج عتيقاً والمرأة رتقاء لم يكن لها حق الفرقة لوجود المانع من جهتها . كذا في حاشية جابي

وفي ملحق الأبحر أنه لو أقر أنه عتيق يؤجله الحاكم سنه قربه ولا يحسب منها مدة مرضه ومرضها ، ويحسب منها رمضان وأيام حيضها . اهـ قال الشيخ أبو حامد : ولا يجوز لأحد الزوجين أن يتولى الفسخ بنفسه بحال . وقال ابن الصباغ : إذا رفعت الأمر إلى الحاكم فالحاكم أولى به ، وهو بالخيار أن شاء فسخ بنفسه وإن شاء أمرها بالفسخ . وقال القفال : إذا رفعت الأمر إلى الحاكم وأثبتت العيب عنده خیرت بين أن تفسخ بنفسها وبين أن يفسخ الحاكم بمسألتها .

(مسألة) وإذا وجد أحد الزوجين بالآخر عيباً ففسخ النكاح نظرت ، فإن كان الفسخ قبل الدخول سقط جميع المهر لان المرأة ان كانت هي التي فسخت بالفرقة جاءت من جهتها ، وان كان الزوج الذي فسخ فهو بمعنى من جهتها وهو تدنيسها بالعيب ، فصار كما لو فسخت بنفسها ، وان كان الفسخ بعد الدخول - فإن كان الفسخ لعيب كان موجوداً حال العقد فالمشهور من المذهب أنه يلزم الزوج مهر المثل سواء كان العيب بالزوج أو بالزوجة ؛ لأن الفسخ مستند الى العيب الموجود حال العقد فصار كما لو كان النكاح قاسداً .

وحكى المسعودي قولاً آخر مخرجا أنه يجب المسمى ، لان الفسخ رفع العقد في حالة لا من أصله وليس بشيء ، وان كان الفسخ بعيب حدث بعد العقد بالزوج أو بالزوجة على القول الجديد فيه ثلاثة أوجه .

(أحدها) يجب لها المسمى ؟ لانه قد وجب المسمى بالعقد فلا يتغير بما يحدث بعده بالعيب (والثاني) لها مهر المثل ، وان حدث بعد الوطء وجب لها المسمى لأنه اذا حدث قبل الوطء فقد حدث قبل استقرار المسمى ، فإذا فسخ العقد ارتفع من أصله فصار كما لو وطئها بشبهه ، واذا حدث العيب بعد الوطء فقد حدث بعد استقرار المسمى بالدخول فلا يتغير بما طرأ بعده .

(فرع) فإن تزوج رجل امرأة وبها عيب فلم تعلم به حتى وطئها ثم علم به فسخ النكاح ، وقد قلنا : انه يجب لها مهر المثل ، وهل للزوج أن يرجع به على الولي ، فيه قولان ، قال في القديم : يرجع عليه ، وبه قال مالك رضي الله عنه لما روى أن عمر رضي الله عنه قال : أيما رجل تزوج بامرأة وبها جنون أو جذام أو برص ففسها فلها الصداق ولزوجها غرم على وليها ، ولان الولي هو الذي أتلف على الزوج المهر لانه أدخله في العقد حتى لزمه مهر المثل فوجب أن يلزمه المضمان كالشهرد اذا شهدوا عليه بقتل أو غيره ثم رجعوا . وقال في الجديد : لا يرجع عليه ؛ وبه قال على كرم الله وجهه ، وهو قول أبي حنيفة وهو الأصح لانه ضمن ما استوفى بدله وهو الوطء فلا يرجع به على غيره كما لو كان المبيع معيباً فأتلفه ، فإذا قلنا بهذا فلا تفريق عليه ، واذا قلنا بالاول فإن كان الولي ممن يجوز له

النظر إلى وليته كالأب والجد والعم رجع الزوج عليه سواء علم الولي بالعيب أو لم يعلم ، لأنه فرط بترك الاستعلام بالعيب ، ولأن الظاهر أنه يعلم ذلك ، وإن كان الولي ممن لا يجوز له النظر اليها كان العم والخال كم - فإن علم الولي بعيبها - رجع عليه الزوج ، وإن لم يعلم الولي بالعيب لم يرجع عليه الزوج ، ويرجع الزوج على المرأة لأنها هي التي عرفت ، فإن ادعى الزوج على الولي أنه علم بالعيب فإنه يكر - فإن أقام الزوج بينة على إقرار الولي بالعيب رجع عليه ؛ وإن لم يقم عليه بينة حلف الولي أنه لم يعلم بالعيب ، ورجع الزوج على الزوجة ، وإن كان لها جماعة أولياء في درجة واحدة ممن لهم النظر اليها ، رجع الزوج عليهم إذا علموا فإن كان بعضهم عالماً بالعيب ، وبعضهم جاهلاً فقيه وجهان ، حاكما الطبري في العدة ، أحدهما : يرجع على العالم لأنه هو الذي غره . والثاني : يرجع على الجميع لأن ضمان الأحوال لا يختلف بالخطأ والعمد ، هكذا نقل البغداديون .

وقال المسعودي : إذا كان الولي غير محرم لها فهل يرجع عليه الزوج ؟ فيه قولان ، وعلى موضع قلنا : يرجع الزوج على الولي ، فإنه يرجع عليه بجميع مهر المثل ، وكل موضع قلنا : يرجع الزوج على الزوجة ، فبكم يرجع عليها ؟ فيه قولان ، ومنهم من قال : هما وجهان .

(أحدهما) لا يرجع عليها بجميع مهر المثل ، وإنما يبقى قدراً إذا يمكن أن يكون صادقا لئلا يعرى الوطء عن بدل .

(والثاني) يرجع عليها بالجميع ، لأنه قد حصل لها بدل الوطء وهو المهر ، وإنما رجع اليه بسبب آخر فهو كالو وهبته منه ، والاول أصح . وحكى المسعودي أن القولين في الولي . والمشهور أنه يرجع عليه بالجميع قولاً واحداً

(فرع) قال في الام : إذا تزوج امرأة ثم طلقها قبل الدخول ، وعلم بعد ذلك أنه كان بها عيب يثبت به خيار الفسخ لزمه نصف المهر لأنه رضى بإزالة المالك والتزام نصف الصداق بالطلاق فلم يرجع اليه .

(فرع) وإن دعت المرأة وليها أن تزويجها إلى مجنون كان له الامتناع من ذلك لأن عليه طار أن تكون وليته تحت مجنون ، لأنه لا يشهد ولا يحضر الجمعة

والجماعة ، وأن دعا الولي وليته الى تزويجها بمجنون أو خصى فلها أن تمتنع لأن
عليها ضررا به وعارا يلحقها .

وإن دعت المرأة وليها إلى أن يزوجهما بمجنوم أو أبرص فهل له أن يمتنع ؟
فيه وجهان ، أحدهما : ليس له أن يمتنع لأن الخيار إنما يثبت لها في النكاح لأن
النفس تعاف من مباشرتهم ، وذلك نقص عليها دون الولي فهو كاللجبوب والخصي
والثاني : له أن يمتنع لأن على الولي عارا في ذلك : وربما أعاها أو أعدى ولدها
فيلحق العار بأهل نسبها وإن دعاها الولي إلى تزويجها بمجنوم أو أبرص كان لها
أن تمتنع لأن عليها في ذلك عارا ونقصا ، وإن تزوجت امرأة برجل سليم لا عيب
فيه ثم حدث فيه عيب يثبت لأجله الخيار ، فإن فسخ النكاح لم يعرض عليها
وابها بذلك ، فإن اختارت المقام معه على ذلك جاز ولا اعتراض للولي عليها بذلك
لأن حق الولي إنما هو في ابتداء العقد دون استدامته ، ولهذا لو دعت الحرة وليها
إلى تزويجها بمجنوم لم يلزمه اجابتهما ؛ ولو اعتقت تحت عبد واختارت المقام معه لم
يجبر على الفسخ والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) إذا ادعت المرأة على الزوج أنه عنين وأنكر الزوج ، قال قول قوله
مع يمينه ، فإن نكل ردت اليمين على المرأة ، وقال أبو سعيد الإصطخري : يقضى
عليه بنكوله . ولا تخلف المرأة ، لأنه أمر لا فعله ، والمذهب الاول ، لأنه حق
نكل فيه المدعى عليه عن اليمين فردت على المدعى كسائر الحقوق ، وقوله : إنها
لا فعله يبطل باليمين في كناية الطلاق وكناية القذف ، فإذا حلفت المرأة أو اعترفت
الزوج أجله الحاكم سنة ، لما روى سعيد بن المسيب ، أن عمر رضي الله عنه قضى
في العنين أن يؤجل سنة ،

وعن علي عليه السلام وعبد الله والمغيرة بن شعبة رضي الله عنهم نحوه ،
ولأن العجز عن الوطء قد يكون بالنعنين ، وقد يكون لعارض من حرارة أو
برودة أو رطوبة أو يبوسة ، فإذا مضت عليه الفصول الأربعة ، واختلفت عليه

الاهوية ولم يزل ، دل على أنه خلقة ، ولا تثبت المدة إلا بالحاكم ، لأنه يختلف فيها بخلاف مدة الابل ، فان جامعها في الفرج سقطت المدة ، وأدناه أن يغيب الحشفة في الفرج ، لأن أحكام الوطء تتعلق به ولا تتعلق بما دونه ، فان كان بعض الذكر مقطوعاً لم يخرج من التعنين إلا بتغيب جميع ما بقي .

ومن أصحابنا من قال : إذا غيب من الباقي بقدر الحشفة خرج من حكم التعنين لأن الباقي قائم مقام الذكر ، والمذهب الأول ، لأنه إذا كان الذكر سليماً فهناك حد يمكن اعتباره وهو الحشفة ، وإذا كان مقطوعاً فليس هناك حد يمكن اعتباره فاعتبر الجميع ، وإن وطئها في الدبر لم يخرج من حكم التعنين لأنه ليس بمحل للوطء ولهذا لا يحصل به الإحلال للزوج الأول ، وإن وطئ في الفرج وهي حائض سقطت المدة لأنه محل للوطء ، وإن ادعى أنه وطئها فان كانت ثيباً فالقول قوله مع بینه ، لأنه لا يمكن اثباته بالبينة . وإن كانت بكرأ فالقول قواها لأن الظاهر أنه لم يطأها ، فان قال الزوج : وطئت واسكن عادت البكارة حلفت لجواز أن يكون قد ذهبت البكارة ثم عادت .

(فصل) وإن اختارت المقام معه قبل انقضاء الاجل ففيه وجهان . أحدهما يسقط خيارها لأنها رخصت بالعييب مع العلم . والثاني : لا يسقط خيارها ، لأنه إسقاط حق قبل ثبوته فلم يصح ، كالعفو عن الشفعة قبل البيع ، وإن اختارت المقام بعد انقضاء الاجل سقطت حقها لأنه إسقاط حق بعد ثبوته ، وإن أرادت بعد ذلك أن ترجع وتطالب بالفسخ لم يكن لها ، لأنه خيار ثبت بعييب وقد أسقطته فلم يحز أن ترجع فيه ، فان لم يجامعها حتى انقضى الاجل وطالبت بالفرقة فرق الحاكم بينهما ، لأنه يختلف فيه ، وتكون الفرقة فسخاً لأنه فرقة لا تقف على إيقاع الزوج ولا من ينوب عنه : فكانت فسخاً كفرقة الرضاع ، وإن تزوج امرأة ووطئها ثم عن منها لم تضرب المدة ، لأن القدرة باقية فلا تترك بالاجتهاد

(الشرح) خبر عمر رضي الله عنه رواه الدارقطني بإسناده عن عمر ورواه عن ابن مسعود والمغيرة بن شعبة ولا يخالف لهم ، ورواه أبو حفص عن علي كرم الله وجهه ، أما التعنين فهو الرجل العاجز عن الجماع ، وربما يشتهى الجماع

ولا يناله ، واشتقاقه من عن الشيء إذا اعترض من أحد الجانبين والعنه بفتح
العين وضمها الاعتراض بالفضول ، وعن عن الشيء من باب ضرب إذا أعرض
عنه وانصرف ، وعنان الفرس جمعه أعنة وقد مضى بعض هذه المادة في الشركة
حيث شركة العنان ، وهو هنا من عن ذكره إذا اعترض عن يمين الفرج وشماله
فلا يقصده ، وقيل مشتق من عنان الدابة أي أنه يشبهه في اللين . إذا ثبت هذا
فالمنة في الرجل عيب يشبه الخيار لزوجته في فسخ النكاح لأجلها على ما بينه ،
وبه قال عامة أهل العلم .

وقال الحكم بن عيينة وداود وأهل الظاهر ليست بعيب .

دليلنا قوله تعالى «الطلاق مرتان» فامسك بمعروف أو تسريح بإحسان ،
خير الله الأزواج بين أن يمسكوا النساء بمعروف أو يسرحوهن بإحسان ،
والامسك بمعروف لا يكون بغير وطء ؛ لأنه هو المقصود بالنكاح ، فإذا تعذر
عليه الامسك بمعروف من هذا الوجه تعين عليه التسريح بإحسان ، لأن من خير
بين شيئين إذا تعذر عليه أحدهما تعين عليه الآخر ، وقد أجمع الصحابة رضي الله
عنهم على تأجيل العنين سنة ، فإن جامعها والا فرق بينهما روينا ذلك عن ذكرنا
من الصحابة ولا يخالف لهم ، ولأن الله تعالى أوجب على المولى أن يقر أو يطلق
لما يلحقها بامتناعه من الوطء ، والضرر الذي يلحق امرأة العنين أعظم من امرأة
المولى لأن المولى ربما وطئها ، فإذا ثبت الفسخ لامرأة المولى ، فلأن ثبت لامرأة
العنين أولى .

إذا ثبت هذا : فإن المرأة إذا جاءت إلى الحاكم وادعت على زوجها أنه عنين
أو أنه عاجز عن وطئها استدعاه الحاكم وسأله ، فإن أقر أنه عنين أو أنه عاجز
عن وطئها ثبت أنه عنين ، وإن أنكر وقال : لست بعنين — فإن كان مع المرأة
بينة على إقراره تقول : إنه عنين وأقامتها ثبت أنه عنين ، وإن لم يكن معها بينة
فالتقول قوله مع يمينه أنه ليس بعنين ، فإذا حلف سقطت دعواها ، وإذا ثبت أنه
قادر على وطئها فهل يجبره الحاكم على وطئها ليتقرر مهرها ؟ فيه وجهان
حكاهما المسموع . وإن نكل عن اليمين حلفت أنه عنين ، ولا يقضى عليه بنكوله
من غير يمين .

وحكى الشيخ أبو اسحاق عن أبي سعيد الإصطخري أنه بقضى عليه بنكوله من غير أن تحلف ، لأنه أمر لا تعلمه وليس بشيء ، لأنه حق نكل فيه المدعى عليه عن انمين لحلف المدعى كسائر الحقوق . وقوله : أمر لا تعلمه يبطل بكتابات الطلاق والقذف ، فإذا ثبت أنه عنين باقراره أو بيمينها بعد نكوله فإن الحاكم يؤجله سنة سواء كان الزوج حراً أو عبداً .

وحكى عن مالك أنه قال : يؤجل العبد نصف سنة . دالينا ما روينا عن الصحابة عمر وعثمان وابن مسعود والمغيرة وعلى ، وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء وعمرو بن دينار والنخعي وقتادة وحماد بن أبي سليمان ، وعليه فتوى فقهاء الامصار منهم أبو حنيفة وأصحابه والثوري والاوزاعي والشافعي واسحاق وأبو عبيد ولم يفرق هؤلاء بين العبد والحر . ولأن العجز عن الوطء قد يكون من أصل الخلقة ، وقد يكون لعارض ، فإذا مضت عليه سنة اختلفت الالهوية (جمع هواء) فإن كان ذلك قد أصابه من الحرارة انحل في الشتاء ، وإن أصابه من الرطوبة انحل في الصيف وشدة الحر ؛ وإن كان طبعه يميل الى هواء معتدل أمكنه ذلك في الفصلين الآخرين ، فإن مضت عليه سنة ولم يقدر على الوطء علم أن عجزه من أصل الخلقة ، ولأن بعضهم قال : الداء لا يستكن في البدن أكثر من سنة ثم يظهر ولا يضرب المدة له الا الحاكم ، لأن عمر رضى الله عنه أجل العنين سنة ولأن من الناس من قال : يؤجل .

ومنهم من قال : لا يؤجل ، وكل حكم مختلف فيه فلا يشبه الا بالحكم كالفسخ بالعيوب والإعسار بالنفقة ، ولا يضرب الحاكم له المدة الا من حين ترافعا اليه بعد ثبوت العنة ، فأما إذا أفر الزوج بالعنة وأقاما على ذلك زماناً فلا يحكم عليه بالتأجيل لأن عمر رضى الله عنه أجل العنين سنة والظاهر أنه إنما ضرب له المدة من حين ترافعا اليه .

(فرع) فإذا ضرب للعنين المدة ثم جامع امرأته قبل انقضاء السنة أو بعدها وقبل الفسخ سقط حقها من الفسخ ، لأنه قد ثبتت قدرته على الوطء ، وإن كان ذكره سليماً خرج من العنة بتغيب الحشفة (والحشفة مافوق الختان) في فرجها ولا يخرج بما دون ذلك ، ولا يلزمه أكثر من ذلك لأن احكام الوطء من وجوب

الغسل والحد والعدة واستقرار المهر يتعلق بذلك : وإن كان بعض ذكره مقطوعاً وبقي منه ما يمكنه به الجماع ، فإن غيب جميعه في فرجها خرج من العنة ، وإن غيب منه أقل من الحشفة لم يخرج من العنة بذلك لأنه لو كان ذكره سليماً فغيب منه هذا القدر خرج من العنة ، وكذلك لم يخرج من العنة بذلك ، وكذلك إذا كان بعضه مقطوعاً ، والثاني — وهو ظاهر النص — أنه لا يخرج من العنة إلا بتغيب جميع ما بقي من الذكر في الفرج ، ولأنه إذا كان سليماً فهناك حد يمكن اعتباره وهو الحشفة ، فإذا كان بعضه مقطوعاً فليس هناك حد يمكن اعتباره ، فاعتبر كاه ، وعندى أن الغسل وسائر أحكام الوطء على هذين الوجهين . وإن وطئها في الموضع المكروه لم يخرج من العنة ، لأنه ليس محل الوطء في الشرع ولهذا لا يجعل به الإحلال للزوج الأول ، وإن أصابها بالفرج وهي حائض أو نفساء أو صائمة عن فرض أو محرمه خرج من العنة ، لأنه محل للوطء في الشرع وإنما حرم الوطء لعارض .

(فرع) وإن ادعى الزوج أنه وطئها فأنكرت — فإن كانت ثيباً — قالقول قول الزوج مع يمينه ، لأنه لا يمكن اثباته باليمينه ، وإن كانت بكراً عرضت على أربع من القوابل ، فإن قلن : أن بكارتها قد زالت قالقول قول الزوج مع يمينه ، لأن الظاهر أن البكارة لا تزول إلا بالوطء ، وإن قلن : أن البكارة باقية ، فإن قال الزوج : أنني قد أصبتها وهي ثيب لم يلتفت إلى قوله ؛ لأن ذلك طعن على البينة ، فثبت عجزه ، وإن قال : صدقت كنت قد أصبتها وزالت بكارتها ثم عادت قالقول قول الزوجه ، لأن الظاهر أن البكارة لا تعود .

قال الشافعي رضي الله عنه : وتحلف المرأة على ذلك ، لأن ما يدعيه الزوج يمكن لأنه قد قال أهل الخبرة : أن الرجل إذا وطئ البكر ولم يبالغ ، فإن البكارة ربما زالت ثم عادت ، فحلفت عليه ، هذا مذهبنا .

وقال الاوزاعي : يترك الزوج معها ، ويكون هناك امرأتان جالستين خلف ستر قريب منهما ، فإذا قام الرجل عن جماعها بادرتا فنظرتا إلى فرجها ، فإن رأتا فيه الماء علمتا أنه أصابها ، وإن لم تربيا فيه الماء علمتا أنه لم يصيبها .

وقال مالك : يفعل ذلك ولكن يقتصر على امرأة واحدة ، وحكى أن امرأة ادعت على زوجها العنة ، فكتب سمرة بن جندب رضى الله عنه بذلك إلى معاوية رضى الله عنه فكتب إليه أن يزوج الرجل امرأة ذات حسن وجمال يذكر عنهم الإصلاح ويساق إليها صداقها من بيت المال لتختبر حاله ، فإن أصابها فقد كذبت — يعنى زوجته المدعية — وإن لم يصبها فقد صدقت ففعل ذلك ثم سألهما عنه فقالت : ما عندى شيء ، فقال سمرة رضى الله عنه ما دنا ولا انتشر عليه ؟ فقالت بلى دنا وانتشر عليه ، ولكن جاءه سره — أى أنزل قبل أن يولج — هذه رواية الشيخ أبى حامد وسائر أصحابنا .

وأما أبو عبيد فذكر أن معاوية رضى الله عنه كتب إليه أن اشتر له جارية من بيت المال وأدخلها معه ليلة ، ثم أسألهما عنه ، ففعل سمرة رضى الله عنه فلما أصبح قال . ما صنعت ؟ فقال فعلت حتى حصحص فيه ، فسأل الجارية فقالت لم يصنع شيئا فقال . خل سبيلها ما محصحص ، والحصحصه الحركة فى الشيء حتى يستقر ، وما ذكره الأوزاعى ومالك غير صحيح ، لأن العنين قد ينزل من غير ابلاج وقد يولج من غير إنزال ، وما ذكره معاوية غير صحيح ، لأن الرجل قد يعن عن امرأة ولا يعن عن غيرها .

(مسألة) وإذا انقضت السنة ولم يقدر على وطئها كانت بالخيار بين الإقامة والفسخ ، فإن اختارت الإقامة سقط حقها من الفسخ لأنها أسقطت ما ثبت لها من الفسخ ، فإن أرادت بعد ذلك أن ترجع فتطالب بالفسخ لم يكن لها ذلك لأنه عيب رضيت به ، فهو كالموجده مجذوما أو أبرص فرضيت به ثم أرادت أن تفسخ بعد ذلك — فإن اختارت الفسخ — لم يصح إلا بالحاكم لأنه مجتهد فيه . قال ابن الصباغ وبفسخ الحاكم النكاح ، ويجعله اليها فتفسخ .

قال الشيخ أبو حامد لا تفسخه المرأة بنفسها لأن الصحابة رضى الله عنهم ، قالوا كان جامعها والا فرق بينهما ، فأخبر أنهم — أى لا تنولاه ، ويكون ذلك فسخا لا طلاقا . وقال مالك والثورى وأبو حنيفة رضى الله عنهم تكون طلاقه بائنة . دليلنا أنه فسخ بعيب كفسخ المشتري لاجل العيب فى المبيع ؛ وكلامه إذا اعتقت

تحت عبد فاختارت الفسخ ، فان رضيت بالمقام معه قبل أن يضرب له المدة وفي اثباتها فيه وجهان وحكماهما ابن الصباغ قولين .

(أحدهما) يسقط حقها من الفسخ لانها رضيت بعيبه فهو كما لو رضيت به بعد انقضاء المدة (والثاني) لا يسقط حقها من الفسخ وهو الاصح ، لانها أسقطت حقها من الفسخ قبل جوازه فلم يسقط كالشفيع اذا أسقط. حقه بن الشفعة قبل الشراء .

(فرع) اذا زوج رجل امرأة فوطئها ثم عجز عن وطئها لم يثبت لها الخيار ولا يحكم لها عليه بالعنة . وقال أبو ثور : يضرب لها المدة ، ويثبت لها الخيار كما لو وطئها ثم جب ذكره . دليلنا أن العنة يتوصل اليها بالاستدلال والاجتهاد فاذا تحققنا قدرته على الوطء في هذا النكاح لم يرجع فيه الى الاستدلال ، ومضى الزمان ، لأنه رجوع من اليقين الى الظن ، ويخالف اذا وطئها ثم جب ، لأن الجب أمر مشاهد متحقق فجاز أن تدفع قدرته على الوطء بالأمر المتحقق ، فان تزوج امرأة ثم وطئها ثم طلقها فبان منه ثم تزوجها فادعت عليه بالعنة سمعت دعواها عليه ، فان أقر بذلك ضربت له المدة لان كل نكاح له حكم نفسه ، ويجوز أن يثبت في نكاح دون نكاح ، كما يثبت من امرأة دون امرأة .

(فرع) وان تزوج رجل امرأة مع علمها أنه عنين بأن أخبرها أنه عنين أو تزوجها فأصابته عنيينا فسخت النكاح ثم تزوجها ثانيا فيه قولان . قال في الام : لا يثبت لها الخيار لانها تزوجته مع العلم بحاله فلم يثبت لها الفسخ كما لو اشترى سلعة مع العلم بعيبها . وقال في الجديد : يثبت لها الفسخ لأن كل نكاح له حكم نفسه ، ولانها انما تحققت عنته في النكاح الاول . ويجوز أن يكون عنيينا في نكاح دون نكاح .

(مسألة) قال الشافعي رضي الله عنه : فان طارقا بعد ذلك ثم راجعها ثم سألت أن يؤجل لها لم يكن لها ذلك ، وجملة ذلك أن المرأة اذا أصابت زوجها عنيينا فضربت له المدة ورضيت بالمقام معه ثم طلقها وطأت اليه نظرت . فان طلقها طلاقا رجعيا ثم راجعها وأرادت أن تضرب له المدة ثانيا لم يكن لها ذلك لان الرجعية استصلاح النكاح الاول وليس بتجديد عقد النكاح ، وقد رضيت

بمقامها معه في هذا النكاح فلم يكن لها أن تطالب بضرب المدة ، فاعترض المازني على الشافعي وقال : لا تجتمع الرجعية مع العنة ، لأنه إن كان قد وطئها في هذا النكاح ، فإنه لا تضرب له مدة العنة لأنه وإن لم يصبها فيه فلا عدة عليها له ولا رجعة ، قال أصحابنا : يحتمل أن يكون الشافعي رضي الله عنه بنى هذا على القول القديم أن الخلوة تثبت عدة ، فكانه فرضها فيمن خلا بامرأته ولم يطأها فأصابته عتياً فضربت له المدة ثم اختارت المقام معه ثم طلقها ولم ينفها ، فإن له الرجعة عليها لأن الخلوة كالدخول في استقرار المهر بوجوب عدة والرجعة على هذا ويحتمل أنه بناها على القول الجديد وهو إذا وطئها ولم يغيب الحشفة في الفرج وأنزل واستدخلت مائه من غير جماع ، فإنه يجب عليها عدة وله عليها الرجعة ، قال الشيخ أبو حامد : وهذا أصح ، لأن الشافعي رحمه الله ذكرها في الأم ، وقوله في الأم : إن الخلوة لا تقر المهر ، ولا توجب عدة .

وقال المسعودي : يحتمل أن يكون الشافعي رحمه الله أراد إذا وطئها في دبرها وإن كان الطلاق بائناً ثم تزوجها بعده فقد تزوجته مع العلم بعيبه ، وهل لها الخيار ؟ فيه قولان مضى بيانهما .

(فرع) إذا تزوج امرأتين فمن عن إحداهما دون الأخرى ضربت له المدة التي عن عنها لأن لكل واحدة حكم بعنتها فاعتبر حكمها بانفرادها .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن وجدت المرأة زوجها محبوباً ثبت لها الخيار في الحال ، لأن عجزه متحقق ، فإن كان بعضه محبوباً وبقي ما يمكن الجماع به فقالت المرأة : لا يتمكن من الجماع به . وقال الزوج : أتمكن ؛ ففيه وجهان ، (أحدهما) أن القول قوله ، لأن له ما يمكن الجماع بمثله ، فقبل قوله . قالوا : اختلفاً وله ذكر قصير .

(والثاني) وهو قول أبي إسحاق : أن القول قول المرأة ، لأن الظاهر معها ، فإن الذكر إذا قطع بعضه ضعف ، وإن اختلفاً في القدر الباقي هل يمكن الجماع به فالقول قول المرأة ، لأن الأصل عدم الامكان .

(فصل) إذا تزوجت امرأة رجلاً على أنه على صفة فخرج بخلافها ، أو على نسب فخرج بخلافه ، ففيه وجهان .

(أحدهما) أن العقد باطل ، لأن الصفة مقصودة كالعين ، ثم اختلاف العين يبطل العقد ، فبذلك اختلاف الصفة ، ولائها لم ترض بشكاح هذا الزوج فلم يصح ، كما لو أذنت في نكاح رجل على صفة فزوجت من هو على غير تلك الصفة (والقول الثاني) أنه يصح العقد وهو الصحيح ، لأن ما لا يفتقر العقد إلى ذكره إذا ذكره وخرج بخلافه لم يبطل العقد كالمهر ، فعلى هذا إن خرج أعلى من المشروط لم يثبت الخيار ، لأن الخيار يثبت للنقصان لا للزيادة ، فإن خرج دونها فإن كان عليها في ذلك نقص بأن شرط أنه حر فخرج عبداً أو أنه جميل فخرج قبيحاً أو أنه عربي فخرج عجمياً ، ثبت لها الخيار لأنه نقص لم ترض به ، وإن لم يكن عليها نقص بأن شرطت أنه عربي فخرج عجمياً وهي عجمية ؛ ففيه وجهان ، أحدهما لها الخيار لائها ما رضيت أن يكون مثلاً ، والثاني : لا خيار لها لأنها لا نقص عليها في حق ولا كفاة ،

(الشرح) وإن أصابت المرأة زوجها مجبواً ، فإن جب ذكره من أصله ثبت لها الخيار في الحال ، لأن عجزه متحقق ، وإن بقي بعضه — فإن كان الباقي مما لا يمكن الجماع به — فهو كما لو لم يبق منه شيء ، لأن وجود الباقي كعدمه ، وإن كان الباقي مما يمكن الجماع به ؛ فإن اتفق الزوجان على أن الزوج يقدر على الجماع به فلا خيار لها ، وإن اختلفا فقالت الزوجه : لا يقدر على الجماع به . وقال الزوج بل أقدر على الجماع به ، ففيه وجهان .

أحدهما : أن القول قول الزوج مع يمينه كما لو كان الذكر سليماً .
والثاني : وهو قول أبي إسحاق : أن القول قول الزوج مع يمينها ، لأن الظاهر من قطع بعض ذكره أنه لا يقدر على الجماع به ، فإن ثبت عجزه عن الجماع بإقراره أو يمينها ففيه وجهان حكاهما ابن الصباغ (أحدهما) حكاه عن الشيخ أبي حامد أن الخيار يثبت لها في الحال ، لأن عجزه متحقق (والثاني) وهو قول القاضي أبي الطيب ولم أجده له إلا ذلك — أنه يضرب له مدة العنين ، لأن

عجزه غير متحقق ، لأنه يقدر على الجماع به فهو كالعنين ، فأما إذا اختلفا في القدر
الباقى هل هو مما يمكن الجماع به أو مما لا يمكن الجماع به ، فذكر الشيخ أبو حامد
والشيخ أبو إسحاق المروزي والمحاملي أن القول قول الزوجة وجهاً واحداً ، لأن
الأصل عدم الامكان .

وقال ابن الصبـاغ : ينبغي أن لا يرجع في ذلك اليها ، وإنما يرجع إلى من
يعرف ذلك بصغره أو كبره كما لو ادعت أنه محبوب وأنكر ذلك . وإن أصابت
زوجها خصياً أو خنثى قد زال إشكاله — فإن قلنا : لها الخيار — كان لها الخيار
في الحال ، سواء كان قادراً على الوطء أو عاجزاً عنه ، لأن العلة فيه أن النفس
تعاف من مباشرته ، وإن قلنا : لا خيار لها وادعت عجزه عن الجماع فافر بذلك
ضربت له مدة العنين وهي سنة .

(فرع) روى المزي عن الشافعي : فإن لم يجامعها الصبي أجل . قال المزي
معناه عندي صبي قد بلغ أن يجامع مثله — قال أصحابنا : المزي أخطأ في النقل
والتأويل ، أما النقل فإن الشافعي قال في القديم ، وإن لم يجامعها الخصي أجل
وثني الشافعي هذا ، إذا قلنا لا خيار في الخصي وادعت عجزه في الجماع فإنه يؤجل
فغلط المزي من الخصي إلى الصبي ، وأما تأويله فغلط أيضاً لأن الصبي لا تثبت
العنة في حقه ، لأن العنة لا تثبت إلا باعترافه أو بنكوله عن اليمين ، ونكول
ويمين الزوجة ، وهذا منعذر في حقه قبل أن يبلغ ، لأن دعوى المرأة لا تسمع
عليه بذلك قبل بلوغه ، وإن ادعت امرأة المجنون على زوجها العنة لم تسمع
دعواها عليه ، لأنه لا يمكنه الجواب على دعواها ، وإن ثبتت عنته قبل الجنون
فضربت له المدة وانقضت وهو مجنون فلا يجوز للحاكم أن يفسخ النكاح بينهما ،
لأنه لو كان عاقلاً لجار أن يدعى الإصابة ويخاف عليهما إن كانت ثيباً ، وهذا
منعذر منه في حال جنونه ، وإن كانت بكرأ فيجوز أن يكون وطئها وزالت بكارتها
ثم عانت البكارة أو منعه عن نفسها فلم يحكم عليه قبل إفاقته .

(مسألة) إذا تزوجت امرأة رجلاً على أنه على صفة فخرج بخلافها . أو على
نسب فخرج بخلافه ، سواء خرج أعلى مما شرط أو دون ما شرط فالحكم واحد

بأن تزوج رجلاً بشرط أنه طويل ، فيخرج قصيراً . وبشرط أنه قصير فيخرج طويلاً ، أو أنه أسود فيأتي أبيض ، أو أنه أبيض فيأتي أسود ، أو أنه موسر فيخرج فقيراً ، أو أنه فقير فيخرج موسراً أو على أنه قرشي فيخرج غير قرشي ؛ أو على أنه ليس بقرشي فيخرج قرشياً ، أو على أنه حر فيكون عبداً وكان نكاحه باذن مولاه ، أو على أنه عبد فيخرج حراً وكان هذا الشرط في حال العقد ، فهل يصح العقد ؟ فيه قولان .

(أحدهما) أن النكاح باطل ، لأن الاعتماد في النكاح على الصفات والأسماء كما أن الاعتماد في البيوع على المشاهدة ، بدليل أنه لو قال : زوجتك أختي أو ابنتي صح وإن لم يشاهدها الزوج ، كما أنه إذا باعه سلعة شاهدها صح ، ثم اختلف الأعيان يوجب بطلان النكاح والبيع بدليل أنه لو قال : زوجتك ابنتي يا زيد فقبل نكاحها وهو عمر ، أو قال : بعثك عبدي هذا فقال المشتري : قبلت البيع في الجارية لم يصح النكاح والبيع ، فوجب أن يكون اخت - لاف الصفة يوجب بطلان العقد ، فعلى هذا يفرق بينهما ، فإن لم يدخل بها فلا شيء عليه ، وإن دخل بها وجب لها مهر مثلها .

(والقول الثاني) أن النكاح صحيح ، وبه قال أبو حنيفة وهو الأصح ، لأنه معنى لا يفتقر العقد إلى ذكره ، ولو ذكره وكان كما شرط صح العقد ، فإن ذكره وخرج بخلاف ما شرطه لم يبطل العقد كالمهر .

فإذا قلنا بهذا نظرت ، فإن كان الشرط في الصفة ، فإن خرج الزوج أعلى منها شرط في الصفة بأن شرط كونه فقيراً فيكون موسراً ، أو أنه شيخ فيكون شاباً ، لم يكن لها الخيار في فسخ النكاح لأن الخيار يثبت للنقص ، وهذا زيادة لا نقصان فيه ، وإن خرج أدنى مما شرط ثبت لها الخيار في فسخ النكاح ، لأنه دون ما شرط وإن كان في النسب نظرت ، فإن شرط أنه حر فيخرج عبداً وهي حرة ثبت لها الخيار في فسخ النكاح قولاً واحداً ، لأن العبد لا يكافئ الحرية ، وكذلك إذا شرط أنه عربي فيخرج عجمياً ، وهو من كان من أبوين عجميين وهي عربية ثبت لها الخيار ، لأنه لا يكافئها ، وإن خرج نسبه أعلى من نسبها بأن شرط أنه ليس

من قریش فیکان قرشیا فلا خییار لها لانه اعلی عما شرط ، وإن خرج نسبه دون نسبه الذی انتسب الیه ودون نسبها ثبت لها الخیار ، وإن کان مثل نسبها أو اعلی منه ففیه وجهان (أحدهما) لها الخیار ، لأنهما لم ترض بکفو لها (والثانی) وهو المنصوص فی الأم : أنه لا خییار لها لانه کفو لها ولا نقصر علیها فی ذلك .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وإن کان الغرر من جهة المرأة نظرت ، فإن تزوجها علی أنها حرة فكانت أمة - وهو ممن یحل له نکاح الامة - ففی صحة النکاح قولان . فإن قلنا : انه باطل فوطئها لزمه مهر المثل ، وهل یرجع به علی الغار فیه قولان ، أحدهما لا یرجع ، لانه حصل له فی مقابلته الوطء ، والثانی : یرجع : لان الغار الجاء الیه فان کان الذی غره غیر الزوجة رجع علیه ، وان كانت هی الزوجة رجع علیها اذا عتقت ، وان کان وکیل السید رجع علیه فی الحال ، وان أحبلها فضمن قيمة الولد رجع بها علی من غره .

وان قلنا انه صحیح فهل یثبت له الخیار فیه قولان . أحدهما لا خییار له لأنه یمکنه أن یطلق . والثانی له الخیار وهو الصحیح : لأن ما ثبت به الخیار للذی ثبت به الخیار للرجل کالجنون .

وقال أبو اسحاق : ان کان الزوج عبدا فلا خییار له قولا واحدا ، لأنه مثلها والصحیح أنه لا فرق بین أن یکون حرا أو عبدا ، لان علیه ضرر لم یرض به ، وهو استرقاق ولده منها وعدم الاستمتاع بها فی النهار . فان فسخ فالحکم فیها کالحکم فیه اذا قلنا : انه باطل .

(وان قلنا) لا خییار له أو له الخیار ولم یفسخ فهو کالنکاح الصحیح ، فان وطئها قبل العلم بالرق فالولد حر ، لانه لم یرض برقه ، وان وطئها بعد العلم بالرق فالولد مملوک ، لانه رضی برقه ، وان غرته بصفة غیر الرق أو بنسب ففی صحة النکاح قولان . فان قلنا انه باطل ودخل بها وجب مهر المثل . وهل یرجع به علی من غره ؟ علی القولین . فان قلنا یرجع فان کان الغرور من غیرها رجع بالجمع وان کان منها ففیه وجهان .

(أحدهما) يرجع بالجميع كما يرجع على غيرها (والثاني) يبقى منه شيئاً حتى لا يعرى الوطء عن بدل . وان قلنا : انه صحيح ، فان كان الغرور بنسب فخرجت أعلى منه ، لم يثبت الخيار ، وان خرجت دونه ولكنه مثل نسبه أو أعلى منه لم يثبت الخيار ، وان كان دون نسبه فففيه وجهان .

أحدهما : له الخيار ، لأنه لم يرض أن تكون دونه . والثاني : لا خيار له ، لأنه لا نقص على الزوج بأن تكون المرأة دونه في الكفاءة ، فإن قلنا ان له الخيار فاختار الفسخ ، فالحكم فيه كالحكم فيه اذا قلنا : انه باطل ، وان اختار المقام فهو كما قلنا انه صحيح وقد بيناه .

(الشرح) وان تزوج رجل امرأة على أنها حرة فكانت أمة فهل يصح النكاح فيه وجهان وجههما ما ذكرناه في التي قبلها ، وانما يتصور القولان مع وجود أربع شرائط (أحدها) أن يكون الزوج ممن يحل له نكاح الامة (الثاني) أن يكون القولان مع وجود أربع شرائط .

(أحدها) أن يكون الزوج ممن يحل له نكاح الامة

(الثاني) أن يكون الشرط في حال العقد قاماً قبله أو بعده فلا يؤثر .

(الثالث) أن يكون الغرور من جهة الامة أو من وكيل السيد : فأما ان كان

من السيد فإنها تعتق .

(الرابع) أن يكون النكاح بإذن السيد ، اذا ثبت هذا - فإن قلنا ان النكاح

باطل فإن لم يدخل بها فرق بينهما ، ولا شيء عليه ، وان دخل بها ازمه مهر المثل

لسيدها : فإذا غرمه فهل يرجع به على من غرت ؟ فيه قولان مضي توجيههما ،

وان حبلى منه وخرج الولد حياً كان حراً للشبهة سواء كان الزوج حراً أو عبداً

وبلغته قيمته لسيدها ، وما قاله المصنف في استرقاق الولد والغرور بالرق فعلى وجهه

(فرع) وان تزوجها على أنها على صفة فخرجت بخلافها ، أو أنها من نسب

فخرجت بخلافه ، وكان هذا الشرط حال العقد ، فهل يصح النكاح ؟ فيه قولان

سواء خرجت أعلى من الشرط أو دونه ، فإن قلنا ان النكاح باطل ، فان لم يدخل

بها فرق بينهما ولا شيء عليه . وان دخل بها ازمه مهر مثلها . وهل يرجع به

على من غره ؟ فيه قولان مضي يوجبهما ، فإن قلنا : لا يرجع فلا كلام ، وإن قلنا : يرجع على من غره فغرم ، فإن كان الذي غره وليها وهو واحد رجع عليه بالجميع ، وإن كانوا جماعة فإن غروه بالنسب رجع على جميعهم بالسوية بجميع المهر ، لأن نسبها لا يخفى عليهم ، وإن غروه بصفة غير النسب - فإن كانوا كلهم عالمين بحالها أو كلهم جاهلين بحالها - رجع على جميعهم بالسوية ، لأنه لا مزية لبعضهم على بعض ، وإن كانوا بعضهم عالمين بحالها وبعضهم جاهلين بحالها ، ففيه وجهان حكاهما الشيخ أبو حامد .

(أحدهما) يرجع على الجميع لأن الجميع منهم زوجوه ، وحقوق الأموال لا يسقط بالخطأ .

(والثاني) يرجع على العالم منهم بحالها دون الجاهل ، لأن العالم بحالها هو الذي غره ، وإن كان الذي غره هي الزوجة ففيه وجهان . أحدهما : يرجع عليها بجميع المهر كما قلنا في الأولياء . والثاني : لا يرجع عليها بالجميع بل يبقى منه شيئاً حتى لا يمرى الوطء عن بذل ، فإن قلنا : يرجع عليها بالجميع - فإن كانت قد قبضته منه ردت إليه ، وإن لم تقبضه منه لم يقبضه ، بل يسقط أحدهما بالآخر ، وإن قلنا لا يرجع عليهما بالجميع - فإن كانت قد قبضت الجميع رجع عليها بما قبضت منه ، وبقي منه بعضه ، وإن لم يقبضه منه أقبضها منه شيئاً وسقط الباقي عنه ، وإن قلنا أن النكاح صحيح ، لأنه لا نقص عليه ، فإن غرته بصفة فخرجت أعلا مما شرطت فلا خيار للزوج لأنه لا نقص عليه ، وإن خرج نسبها دون النسب الذي شرطت ودون نسب الزوج ، أو كان الغرور بصفة فخرجت صفتها دون الصفة التي شرطت فهل له الخيار في فسخ النكاح : فيه قولان .

(أحدهما) له الخيار لأنه معني لو شرط بنفسه وخرج بخلافه ثبت لها الخيار فيثبت للزوج الخيار كالعيوب .

(والثاني) لا يثبت له الخيار ، لأنه يمكنه أن يطلقها ، ولأنه لا عار على الزوج بكون نسب الزوجه دون نسبه ودون صفتها بخلاف الزوجة - فإن قلنا : له الخيار ، فاختار الفسخ - فهو كما لو قلنا : أنه باطل ، وإن قلنا لا خيار له أو له الخيار ، فاختار أمساكها لأنه أحكام العقد الصحيح .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وان تزوج امرأة من غير شرط يظنها حرة فوجدتها أمة فأنكاح صحيح ، والمنصوص أنه لا خيار له . وقال فيمن تزوج حرة يظنها مسلمة فخرجت كتابية أن له الخيار . فمن أصحابنا من نقل جوابه في كل واحدة من المسئلتين الى الأخرى وجعلهما على قولين .

(أحدهما) له الخيار ، لان الحرية الكتابية أحسن حالا من الامة ، لان الولد منها حر ، والاستمتاع بها تام ، فإذا جعل له الخيار فيها كان في الامة والولد منها رقيق ، والاستمتاع بها ناقص أولى .

(والقول الثاني) لا خيار له لان العقد وقع مطلقا فهو كما لو ابتاع شيئا يظنه على صفة فخرج بخلافها . فانه لا يثبت له الخيار . فكذلك ههنا . وإذا لم يجعل له الخيار في الامة ففي الكتابية أولى . ومنهم من حملهما على ظاهر النص فقال له الخيار في الكتابية . ولا خيار له في الامة . لان في الكتابية ليس من جهة الزوج تفريط . لان الظاهر من لا خيار عليه أنه ولي مسلمة ، وإنما التفريط من جهة الولي في ترك الخيار . وفي الامة التفريط من جهة الزوج في ترك السؤال .

(فصل) اذا اعتقت الامة وزوجها حر لم يثبت لها الخيار . لما روت عائشة رضي الله عنها قالت : أعتقت بريرة فخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم في زوجها . وكان عبدا فاختارت نفسها . ولو كان حراً ما خيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولانه لا ضرر عليها في كونها حرة تحت حر . ولهذا لا يثبت به الخيار في ابتداء النكاح فلا يثبت به الخيار في استدامته . وان أعتقت تحت عبد ثبت لها الخيار . لحديث عائشة رضي الله عنها ولان عليها عاراً وضرراً في كونها تحت عبد . ولهذا لو كان ذلك في ابتداء النكاح ثبت لها الخيار . فثبت به الخيار في استدامته . ولها أن تفسخ بنفسها لانه خيار ثابت بالنص . فلم يفتقر الى الحاكم . وفي وقت الخيار قولان .

(أحدهما) أنه على الفور ، لانه خيار لنقص فكان على الفور كخيار العيب

في البيع (والثاني) أنه على التراخي ، لأننا لو جعلناه على الفور لم نأمن أن تختار المقام أو الفسخ ثم تندم ، فعلى هذا في وقته قولان .

(أحدهما) يتقدر بثلاثة أيام ، لأنه جعل حداً لمعرفة الحظ في الخيار في البيع (والثاني) أن لها الخيار إلى أن تتمكن من وطئها لأنه روى ذلك عن ابن عمر وحفصة بنت عمر رضي الله عنهما ، وهو قول الفقهاء السبعة سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير والقاسم بن محمد وأبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام وخارجة بن زيد بن ثابت وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود وسليمان بن يسار رضي الله عنهم ، فإن أعتقت ولم تختبر الفسخ حتى وطئها ثم ادعت الجمل بالعتق - فإن كان في موضع يجوز أن يخفى عليها العتق - فالقول قولها مع يمينها ؛ لأن الظاهر أنها لم تعلم ، وإن كان في موضع لا يجوز أن يخفى عليها لم يقبل قولها لأن ما دعيه خلاف الظاهر ، وإن علمت بالعتق ولكن ادعت أنها لم تعلم بأن لها الخيار ، ففيه قولان .

(أحدهما) لا خيار لها كما لو اشترى سلعة فيها عيب ، وادعى أنه لم يعلم أن له الخيار .

(والثاني) أن لها الخيار ، لأن الخيار بالعتق لا يعرفه غير أهل العلم ، وإن أعتقت وهي صغيرة ثبت لها الخيار إذا بلغت ، وإن كانت مجنونة ثبت لها الخيار إذا عقلت وليس للولي أن يخار ، لأن هذه طريقة الشهوة فلا ينوب عنها الولي كالطلاق ، وإن أعتقت فلم تختبر حتى عتق الزوج ففيه قولان .

(أحدهما) لا يسقط خيارها لأنه حق ثبت في حال الرق فلم يتغير بالعتق كالمو جب عليه حد ثم أعتق .

(والثاني) يسقط لأن الخيار ثبت للنقص وقد زال ، فإن أعتقت وهي في العدة من طلاق رجعي فلها أن تترك الفسخ لانتظار البينونة بانقضاء العدة ولها أن تفسخ لأنها إذا لم تفسخ ربما راجعها إذا قرب انقضاء العدة - فإذا فسخت - احتاجت أن تستأنف العدة وإن اختارت المقام في العدة لم يسقط خيارها لأنها جارية إلى بتره ، فلا يصح منها اختيار المقام مع ما ينافيه ، وإن أعتقت تحت عبد فطلقها قبل أن تختار الفسخ ففيه قولان .

أحدهما : أن الطلاق ينفذ ، لأنه صادف المملك . والثاني : لا ينفذ لأنه يسقط
حقها من الفسخ ، فعلى هذا إن فسخت لم يقع الطلاق ، وإن لم تفسخ حكمنا بوقوع
الطلاق من حين طلق .

(فصل) وان أعتقت وفسخت النكاح ، فان كان قبل الدخول سقط المهر
لان الفرقة من جهتها ، وان كان بعد الدخول نظرت ، فان كان العتق بعد الدخول
استقر المسمى ، وان كان قبله ودخل بها ولم تعلم بالعتق سقط المسمى ووجب
مهر المثل لان العتق وجد قبل الدخول فصار كما لو وجد الفسخ قبل الدخول
ويجب المهر للمولى لأنه وجب بالعقد في ملكه ، وان كانت مفوضة فأعتقت
فأختارت الزوج وفرض لها المهر بعد العتق ففي المهر قولان . ان قلنا يجب بالعقد
كان للمولى لأنه وجب قبل العتق . وان قلنا : يجب بالفرض كان لها لأنه
وجب بعد العتق .

(فصل) وان تزوج عبد مشرك حرة مشركة ثم أسلمها ففیه وجهان . أحدهما
لا خيار لها لأنها دخلت في العقد مع العلم برقه . والثاني : وهو ظاهر النص أن
لها ان تفسخ النكاح لان الرق ليس بنقص في الكفر وانما هو نقص في الإسلام
فبصير كنقص حدث بالزوج ، فيثبت لها الخيار ، وان تزوج العبد المشرك أمة
فدخل بها ثم أسلمت وتخلف العبد فأعتقت الأمة ثبت لها الخيار ، لانها عتقت
تحت عبد ، وان أسلم العبد وتخلفت المرأة ففیه وجهان .

(أحدهما) وهو قول أبي الطيب بن سلامة أنه لا يثبت لها الخيار ، وهو
ظاهر ما نقله المزن ، والفرق بينهما وبين ما قبلها أن هناك الأمر موقوف على
إسلام الزوج فإذا لم تفسخ لم تأمن أن لا يسلم حتى يقارب انقضاء العدة ثم يسلم
فتفسخ النكاح فتطول العدة . وههنا الأمر موقوف على إسلامها فأى وقت
شأت أسلمت وثبت النكاح فلم يثبت لها الفسخ (والثاني) وهو قول أبي اسحاق
أنه يثبت لها الخيار كالمسألة قبلها ، وأنكر ما نقله المزن .

(فعمل) اذا ملك مائة دينار وأمة قيمتها مائة دينار وزوجها من عبد بمائة
وروى بعثتها فأعتقت قبل الدخول لم يثبت لها الخيار لأنها اذا فسخت سقط

مهرها ، وإذا سقط المهر عجز الثلث عن عتقها فسقط خيارها فيؤدى إثبات الخيار الى اسقاطه فسقط .

(فصل) وإن أعتق عبد وتحتته أمة ففيه وجهان . أحدهما : يشبث له الخيار كما يشبث الأمة إذا كان زوجها عبداً ، والثاني : لا يشبث لأن رقها لا يشبث به الخيار في إبداء النكاح فلا يشبث به الخيار في استدامته .

(الشرح) خبر بريرة بلفظ المصنف أخرجه أحمد ومسلم وأبو داود والترمذي وصححه من طريق عروة عن عائشة ، وقال ابن القيم في الهدى : حديث عائشة رواه ثلاثة الأسود وعروة والقاسم ، وهو يرجح كون زوج بريرة حراً بيد أن الروايات الثابتة عندنا تخالف ابن القيم فيما ذهب اليه .

وقد اختلف أهل العلم فيما إذا كان الزوج حراً هل يشبث الخيار للزوجة أم لا فذهب الجمهور إلى أنه لا يشبث ، وجعلوا العلة في الفسخ عدم الكفاية لأن المرأة إذا صارت حرة وكان زوجها عبداً لم يكن كفواً لها ، ويؤيد هذا قول عائشة في حديث الباب ، ولو كان حراً لم بخيرها ، ولكنه تعقب بأن هذه الزيادة مدرجة من قول عروة كما صرح بذلك النسائي في سننه ، وبينه أيضاً أبو داود في رواية مالك ، ولو سلم أنه من قولها فهو اجتهاد وليس بحجة ، وذهبت المعتزلة والشيعة والنخعي والثوري والحنفية إلى أنه يشبث الخيار ولو كان الزوج حراً وتمسكوا أولاً بتلك الرواية التي فيها أنه كان زوج بريرة حراً ، وقد عرفنا عدم صلاحية ذلك للتمسك به . وما بقي من فروع المسائل في هذه الفصول فعلى وجهه لمن أراد أن يحيط بها إجمالاً إذ لا حاجة بنا إلى بسطها لأنها تقوم على أساس الرق وقد تلاشى الرق اليوم وصار الناس يتساوون اليوم في حقوقهم وواجباتهم ، وقد ضاقت فراقق التكافؤ بينهم الا قليلا ، والله الموفق للصواب .

قال المصنف رحمه الله :

باب نكاح المشرک

إذا أسلم الزوجان المشرکان علی صفة - لو لم یکن بینهما نكاح جاز لهما عقد النکاح - أقرأ علی النکاح ، وان عقد بغير ولی ولا شهود ، لانه أسلم خلق كثير فأقرهم رسول الله صلى الله علیه وسلم علی أنکحتهم ، ولم یسألهم عن شروطه وان أسلما والمرأة من لا تحمل له کلام والاخت لم یقرأ علی النکاح ، لانه لا یجوز أن یتدیء نكاحها فلا یجوز الإقرار علی نكاحها ، وان أسلم أحد الزوجین الوثنيين أو المجوسیین أو أسلمت المرأة والزوج یهودی أو نصرانی - فإن کان قبل الدخول - تعدلت الفرقة ، وان کان بعد الدخول وقفت الفرقة علی انقضاء العدة ، فإن أسلم الآخر قبل انقضائها فها علی النکاح ، وان لم یسلم حتی انقضت العدة حکم بالفرقة .

وقال أبو ثور : ان أسلم الزوج قبل الزوجة وقعت الفرقة وهذا خطأ ، لما روى عبد الله بن شبرمة أن الناس كانوا علی عهد رسول الله صلى الله علیه وسلم الرجل قبل المرأة ، والمرأة قبل الرجل ، فأیهما أسلم قبل انقضاء عدة المرأة فهي امرأته ، وان أسلم بعد انقضاء العدة فلا نكاح بینما ، والفرقة الواقعه باختلاف الدین فسخ لانها فرقه عربیت عن لفظ الطلاق ونیته فیما كانت فسخا ، کسائر الفسوخ .

(الشرح) خبر عبد الله بن شبرمة مرسل لانه من الطبقة الخامسة فی التابعین ومن ثم یؤخذ علی المصنف استدلاله به مع استفاضة الروایات المرفوعة وكثرة طرقها ، من ذلك ما رواه البخاری عن ابن عباس قال : کان المشرکون علی منزلة من النبی صلى الله علیه وسلم ومن المؤمنین ، كانوا مشرکی أهل حرب یقاتلهم ویقاتلونہ ، ومشرکی أهل عهد لا یقاتلهم ولا یقاتلونہ . وكان اذا هاجرت المرأة من أهل الحرب لم تخطب حتی تحيض وتطهر ، فاذا طهرت حل لها النکاح . وان جاء زوجها قبل أن تنکح ردت الیه ، .

وأخرج أحمد وأبو داود وصححه الحاكم عن ابن عباس ، أن النبي صلى الله عليه وسلم رد ابنته زينب على زوجها أبي العاص بن الربيع بالنكاح الأول لم يحدث شيئاً ، وفي لفظ ، رد ابنته زينب على أبي العاص زوجها بنكاحها الأول بعد سنين ولم يحدث صداقا ، رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه . وفي لفظ ، رد ابنته زينب على أبي العاص وكان إسلامها قبل إسلامه بست سنين على النكاح الأول ، ولم يحدث شهادة لا صداقا ، رواه أحمد وأبو داود والترمذي وقال فيه ، لم يحدث نكاحا ، وقال إيس بإسناده بأس .

وقد روى بإسناد ضعيف عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، أن النبي صلى الله عليه وسلم رد ابنته على أبي العاص بمهر جديد ونكاح جديد ، قال الترمذي في إسناده مقال ، وقال أحمد : هذا حديث ضعيف والحديث الصحيح أنه أقرهما على النكاح الأول . وقال الدارقطني : هذا حديث لا يثبت ، والصواب حديث ابن عباس ، أن النبي صلى الله عليه وسلم ردها بالنكاح الأول ، وقال الخطابي : حديث ابن عباس أصح من حديث عمرو بن شعيب .

وقال ابن كثير في الإرشاد : هو حديث جيد قوى ، وهو من رواية ابن إسحاق عن داود بن الحصين عن عكرمة عن ابن عباس اه . إلا أن حديث داود بن الحصين عن عكرمة عن ابن عباس ضعف أمرها على بن المديني ، وابن إسحاق فيه مقال معروف ، وحديث عمرو بن شعيب أخرجه ابن ماجه أيضاً ، وفي إسناده الحجاج بن أرطاة وهو معروف بالندائس ، ولم يسمعه من عمرو بن شعيب كما قال أبو عبيد ، وإنما حملة عن المزري وهو ضعيف ، وقد ضعف هذا الحديث جماعة من أهل العلم .

وأخرج مالك في الموطأ عن ابن شهاب أنه بلغه أن ابنة الوليد بن المغيرة كانت تحت صفوان بن أمية ، فأسلمت يوم الفتح وهرب صفوان من الإسلام ، فبعث إليه رسول الله صلى الله عليه وسلم أماناً ، وشهد حنيناً والطائف وهو كافر وامراته مسلمة فلم يفرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما حتى أسلم صفوان واستقرت عنده بذلك النكاح . قال ابن شهاب : وكان بين إسلام صفوان وبين إسلام زوجته نحواً من شهر ،

وفي الموطن عن ابن شهاب : أن أم حكيم ابنة الحرث بن هشام أسلمت يوم الفتح بمكة وهرب زوجها عكرمة بن أبي جهل من الإسلام حتى قدم البز فارتحلت أم حكيم حتى قدمت على زوجها باليمن ودعته إلى الإسلام فأسلم ؛ وقدم على رسول الله صلى الله عليه وسلم فبايعه فثبتنا على ذلك ما ذاك .

قال ابن شهاب : ولم يبلغنا أن امرأة هاجرت إلى الله وإلى رسوله وزوجها كافر مقيم بدار الكفر إلا فرقت هجرتها بينها وبين زوجها إلا أن يقدم زوجها مهاجراً قبل أن تنقضي عدتها ، وأنه لم يبلغنا أن امرأة فرق بينها وبين زوجها إذا قدم وهي في عدتها .

وروى البيهقي عن الشافعي عن جماعة من أهل العلم من قريش وأهل المغارى وغيرهم عن عدد منهم : أن أبا سفيان أسلم بمر الظهران وامراته هند بنت عتبة كافرة بمكة ، ومكة يومئذ دار حرب ، وكذلك حكيم بن حزام ، ثم أسلم المرأتان بعد ذلك وأقر النبي صلى الله عليه وسلم النكاح .

وقد استشكل كل بعض علماء الحديث والفقه ما جاء في روايات ابن عباس من قوله : بعد سنتين ، وفي الرواية الثانية : ست سنين ، ووقع في رواية : بعد ثلاث سنين ، وأشار ابن حجر في الفتح إلى الجمع فقال : المراد بالست ما بين هجرة زينب وإسلامه ، وبالسنتين أو الثلاث ما بين نزول قوله تعالى : لا هن حل لهم ، وقدمه مسلماً ، فإن بينهما سنتين وأشهرًا .

قال النزمذي في حديث ابن عباس أنه لا يعرف وجهه . قال الحافظ : وأشار بذلك إلى أن ردها إليه بعد ست سنين أو بعد سنتين أو ثلاث مشكل لاستبعاد أن تبقى في العدة هذه المدة ، قال : ولم يذهب أحد إلى جواز تقرير المسألة تحت المشرك إذا تأخر إسلامه عن إسلامها حتى انقضت عدتها ، ومن نقل الاجماع في ذلك ابن عبد البر ، وأشار إلى أن بعض أهل الظاهر قال بجوازه ورده بالاجماع المذكور ، وتعقب بشبوت الخلاف فيه قديماً ، فقد أخرج ابن أبي شيبة عن علي وإبراهيم النخعي بطرق قوية ، وأفنى به حماد شيخ أبي حنيفة ، وأجاب الخطابي عن الاشكال بأن بقاء العدة تلك المدة ممكن . وإن لم تجز به عادة في الغالب ،

ولا سيما ان كانت المدة إنما هي سنتان وأشهر ، فان الحيض قد يبطل . عن ذات
الاقراء اعارض ، وبمثل هذا أجاب البيهقي .

قال الحافظ : وهو أولى ما يعتمد في ذلك . وقال السهيلي في شرح السيرة :
ان حديث عمرو بن شعيب هو الذي عليه العمل ، وإن كان حديث ابن عباس
أصح إسنادا لكن لم يقل به أحد من الفقهاء ، لأن الاسلام قد كان فرق بينهما ،
قال الله تعالى : لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن ، ومن جمع بين الحديثين قال :
معنى حديث ابن عباس ردعا عليه على النكاح الاول في الصداق والحباء ، ولم
يحدث زيادة على ذلك من شرط ولا غيره اه .

وقد أشار إلى مثل هذا الجمع ابن عبد البر ، وقيل : إن زينب لما أسلمت وبقي
زوجها على الكفر لم يفرق النبي صلى الله عليه وآله بينهما إذ لم يكن قد نزل تحريم نكاح
المسلمة على الكافر ، فلما نزل قوله تعالى (لا هن حل لهم) الآية أمر النبي صلى
الله عليه وسلم ابنته أن تعتد فوصل أبو العاص مسلما قبل انقضاء العدة ، فقررها
النبي صلى الله عليه وسلم . لم بالنكاح الاول فيندفع الاشكال : وحديث عمرو بن
شعيب تعضده الأصول ، وقد صرح فيه بوقوع عقد جديد ، والاخذ بالصرح
أولى من الاخذ بالمحتمل ، ويؤيده مخالفة ابن عباس لما رواه كما حكى ذلك عنه
البخاري . قال الحافظ ابن حجر : وأحسن المسالك في تقرير الحديثين ترجيح
حديث ابن عباس كما رجحه الأئمة ، وحمله على تطاول العدة فيما بين نزول آية
التحريم واسلام أبي العاص ، ولا مانع من ذلك ، وأغرب ابن حزم فقال : إن
قوله : ردعا اليه بعد كذا ، مراده جمع بينهما ، وإلا فاسلام أبي العاص كان قبل
الحديبية ، وذلك قبل أن ينزل تحريم المسلمة على المشرك هكذا زعم .

قال الحافظ ابن حجر : وهو مخالف لما أطبق عليه أهل المغازي أن إسلامه
كان بعد نزول آية التحريم .

وقال ابن القيم في الهدى ما حاصله : إن اعتبار العدة لم يعرف في شيء من
الإحاديث ؛ ولا كان النبي صلى الله عليه وسلم يسأل المرأة هل انقضت عدتها أم لا
ولو كان الاسلام بمجرد فرقة ، لكانت طليقة بائنة ولا رجعة فيها ، فلا يكون
الزوج أحق بها إذا أسلم ، وقد دل حكمه صلى الله عليه وسلم أن النكاح موقوف

فإن أسلم الزوج قبل انقضاء العدة فهي زوجته ، وإن انقضت عدتها فلمها أن تنكح من شاءت ، وإن أحببت انظرته ، وإذا أسلم كانت زوجته من غير حاجة إلى تجديد نكاح ، قال : ولا يعلم أحداً جدد بعد الإسلام نكاحه البتة ، بل كان الواقع أحد الأمرين إما افتراقهما ونكاحها غيره وإما بقاءهما على النكاح الأول إذا أسلم الزوج ، وأما تنجيز الفرة أو مراعاة العدة فلم يعلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بواحد منهما مع كثرة من أسلم في عهده ، وهذا كلام في غاية الحسن والمنانة . قال : وهذا اختيار الحلال وأبي بكر صاحبه وابن المنذر وابن حزم ، وهو مذهب الحسن وطاوس وعكرمة وقتادة والحكم ،

قال ابن حزم : وهو قول عمر بن الخطاب وجابر بن عبد الله وابن عباس ثم عد آخرين ، وقد ذهب إلى أن المرأة إذا أسلمت قبل زوجها لم تخطب حتى تحيض وتطهر - ابن عباس وعطاء و طاوس والثوري وفقهاء الكوفة ووافقهم أبو ثور واختاره ابن المنذر والبيهقي جند البخاري ، وشرط أهل الكوفة ومن وافقهم أن يعرض على زوجها الإسلام في تلك المدة فيمتنع إن كانا معاً في دار الإسلام وقد روى عن أحمد أن الفرة تقع بمجرد الإسلام من غير توقف على رضی العدة كسائر أسباب الفرة من رضاع أو خلع أو طلاق .

قال في البحر : إذا أسلم أحدهما دون الآخر انفسخ النكاح إجماعاً ثم قال بعد ذلك : ومذهب الشافعي ومالك وأبي يوسف على أن الفرة بإسلام أحدهما فسخ لا طلاق إذ العلة إختلاف الدين كالردة . وقال أبو العباس وأبو حنيفة ومحمد : بل طلاق حيث أسلمت وأبى الزوج ، إذ امتناعه كالطلاق قلنا بل كالردة اهـ .

وجملة ما أوردنا في هذا البحث أن أهل الشرك أنكحتهم صحبهم وطلاقهم واقع ويبنى على هذا أنه إذا نكح مشرك مشركة وطلقها ثلاثاً لم تحل له إلا بعد زوج ، ولو نكح مسلم ذميه ثم طلقها ثلاثاً ثم نكحها ذمياً ودخل بها وطلقها الذمى حلت للمسلم الذي طلقها بعد انقضاء عدتها ، فيتعلق بأنكحتهم سائر الأحكام التي تتعلق بأنكحة المسلمين ، وبه قال الزهري والأوزاعي وأبو حنيفة وأصحابه .

وقال مالك : أنكحة أهل الشرك باطلة فلا يتعلق بها حكم من أحكام النكاح الصحيح ، وحكاها أصحابنا الحراسانيون قولاً آخر للشافعي .

دليلنا قوله تعالى « وقالت امرأة فرعون ، وقوله تعالى « ثبت يدا أبي لهب
وتب - إلى قوله - وامرأته حمالة الحطب ، فأضاف إمرأتيهما اليهما وحقيقة
الاضافة تفنضي الملك ، وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ولدت من نكاح
لا من سفاح ، وكان مولوداً في الشرك .

إذا ثبت هذا فإن أسلم الزوجان المشركان معاً - فإن كانا عند إسلامهما يجوز
ابتداء النكاح بينهما أقرأ على نكاحهما الأول ؛ وإن كانا عقداً بغير ولي ولا شهود
لأنه أسلم خلق كبير وأقرهم النبي صلى الله عليه وسلم على أنكحتهم ، ولم يسأل عن
شروطها ، وإن كان لا يجوز لها ابتداء النكاح بينهما ، فإن كانت محرمة عليه
بنسب أو رضاع أو صهارة أو معتدة عنه لأنه لا يجوز لها ابتداء النكاح فلا يجوز
إقرارهما عليه .

قال أصحابنا : فإن أسلم الزوج والزوجة كتابية أقرأ على النكاح لأنه يجوز
للمسلم ابتداء النكاح على الكتابية فأقرأ عليه ، وإن أسلم أحد الزوجين الوثنيين
أو المجوسيين أو أسلم الزوج ولم تسلم الزوجة ، فإن كان قبل الدخول انفسخ
النكاح ، وإن كان بعد الدخول رقب النكاح ، وإن أسلم الكافر منهما قبل انقضاء
عدة الزوجة أقرأ على النكاح ، وإن لم يسلم الكافر منهما حتى انقضت عدة الزوجة
بانت منه من وقت إسلام المسلم منهما ، ولا فرق بين أن يكون ذلك في دار الإسلام
أو في دار الحرب ، وبه قال أحمد .

وقال مالك : إن كانت هي المسلمة فكما قلنا ، وإن كان هو المسلم عرض عليها
الإسلام في الحال ، فإن أسلمت والا انفسخ نكاحها ، وقال أبو بكر رضي الله عنه
إن أسلم الزوج قبل الزوجة وقعت الفرقة بكل حال .

وقال أبو حنيفة : إن كان في دار الحرب وكان ذلك بعد الدخول فالنكاح
موقوف على انقضاء العدة كقولنا ، وإن كان في دار الإسلام فسواء كان قبل
الدخول أو بعده فإن النكاح لا ينفسخ بل يعرض على المتأخر منهما الإسلام ،
فإن أسلم فهما على الزوجية ، وإن لم يسلم فرق بينهما بتطليقة ، وإن لم يعرض
الإسلام على المتأخر منهما وأقاما على الزوجية مدة طويلة فهما على النكاح .
دليلنا ما رويناه من الأخبار التي تفيد بمنطوقها أن الناس كانوا يسلمون على

عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الرجل قبل المرأة والمرأة قبل الرجل ، فأيهما أسلم قبل انقضاء عدة المرأة فهي امرأته ، وإن أسلم بعد انقضاء العدة فلا نكاح بينهما ؛ والعدة لا تكون إلا بعد الدخول ، ولم يفرق بين أن أسلم الرجل أولاً أو المرأة ، وبين أن يكون في دار الاسلام أو في دار الحرب ، فإن أسلم الزوجان في حالة واحدة قبل الدخول لم يفسخ نكاحهما لأنه لم يسبق أحدهما الآخر .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وإن أسلم الحر وتحتته أكثر من أربع نسوة وأسلمن معه ، لزمه أن يختار أربعاً منهن ، لما روى ابن عمر رضي الله عنه ، أن غيلان أسلم وتحتته عشر نسوة فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يختار منهن أربعاً ، ولأن ما زاد على أربع لا يجوز إقرار المسلم عليه ، فإن امتنع أجبر عليه بالحبس والتعزير ، لأنه حق توجه عليه لا تدخله النيابة فأجبر عليه ، فإن أغشى عليه في الحبس خلى إلى أن يفريق لأنه خرج عن أن يكون من أهل الاختيار ، فخلى كما يخلى من عليه دين إذا أعسر به ، فإن أفاق أعيد إلى الحبس والتعزير إلى أن يختار ، ويؤخذ بنفقة جميعهن إلى أن يختار لأنهن محبوسات عليه بحكم النكاح ، والاختيار أن يقول : اخترت نكاح هؤلاء الأربع ، فيفسخ نكاح البواقي ، أو يقول : اخترت فراق هؤلاء ، فيثبت نكاح البواقي ؛ وإن طلق واحدة منهن كان ذلك اختياراً لنكاحها ، لأن الطلاق لا يكون إلا في زوجة ، وإن ظاهرهما أو آلى لم يكن ذلك اختياراً لأنه قد مخاطب به غير الزوج ، وإن وطئ واحدة ففيه وجهان ، (أحدهما) أنه اختيار لأن الوطء لا يجوز إلا في ملك فدل على الاختيار كوطء البائع الجارية المبيعة بشرط الخيار .

(والثاني) وهو الصحيح — أنه ليس باختيار لأنه اختيار للنكاح فلم يجوز بالوطء كالرجعة ، وإن قال كلما أسلمت واحدة منهن فقد اخترت نكاحها لم يصح لأن الاختيار كالنكاح فلم يجوز تعليقه على الصفة ولا في غير معين ، وإن قال : كلما أسلمت واحدة منهن فقد اخترت فسخ نكاحها لم يصح ، لأن الفسخ لا يجوز

تعليقه على الصفة ، ولأن الفسخ إنما يستحق فيها زاد على أربع ، وقد يجوز أن لا يسلم أكثر من أربع فلا يستحق فيها الفسخ ، وإن قال : كلما أسلمت واحدة فهي طالق ففيه وجهان .

(أحدهما) يصح ، وهو ظاهر النص ، لأنه قال : وإن قال : كلما أسلمت واحدة منسك فقد اخترت فسخ نكاحها لم يكف شيئا إلا أن يريد به الطلاق ، فدل على أنه إذا أراد الطلاق صح ، ووجهه أن الطلاق يصح تعليقه على الصفات (والثاني) وهو قول أبي علي بن أبي هريرة : أنه لا يصح ، لأن الطلاق ههنا يتضمن اختيار الزوجية ، والاختيار لا يجوز تعليقه على الصفة ، وحمل قول الشافعي رحمه الله على من أسلم وله أربع نسوة في الشرك ، وأراد بهذا القول الطلاق فإنه يصح ، لأنه طلاق لا يتضمن اختياراً لجاز تعليقه على الصفة ، وإن أسلم ثم ارتد لم يصح اختياره ، لأن الاختيار كالنكاح فلم يصح مع الردة ، وإن أسلم وأحرم ، فالخصوص أنه يصح اختياره ، فمن أصحابنا من جعلها على قولين . أحدهما : لا يصح كلاً لا يصح نكاحه . والثاني : يصح كما تصح رجعته ، ومنهم من قال : إن أسلم ثم أحرم ثم أسلم لم يحز أن يختار قولاً واحداً ، لأنه لا يجوز أن يبدأ النكاح وهو محرم ، فلا يجوز أن يختاره ، وحمل النص عليه ، وإذا أسلم ثم أسلم ثم أحرم فإن له الخيار ، لأن الأحرام طراً بعد ثبوت الخيار .

(الشرح) حديث ابن عمر أخرجه أحمد وابن ماجه والترمذي عن الزهري عن سالم عن ابن عمر ، وزاد أحمد في رواية د فلما كان في عهد عمر طاق نساءه وقسم ماله بين بنييه ، فبلغ ذلك عمر فقال : اني لا ظن الشيطان فبها يسترق من السمع سمع بموتك فقذفه في نفسك ، ولعلك لا تمسك إلا قلباً لا ، وإيم الله إنراجعن نساءك وإنراجعن مالك أو لا ورتك منك ، ولا تمرن بقبرك إن يرجم كما رجم قبر أبي رغال ، وأبو رغال كـ كتاب في سنن أبي داود ودلائل النبوة عن ابن عمر سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم حين خرجنا معه إلى الطائف فررنا بقبر فقال : هذا قبر أبي رغال وهو أبو ثقيف وكان من ثمود ، وكان بهذا

الحرم يدفع عنه : فلما خرج منه أصابته النقرة التي أصابت قومه بهذا المكان فدفن فيه ، الحديث .

أما قول الجوهري بأنه كان دليلاً للجدشة حين توجهوا إلى مكة فمات في الطريق - غير معتد به ، وكذا قول ابن سيدة في المخصص أنه كان عبداً لشعيب وكان عشاراً جائرأ ، وقد سبق لنا الكلام على إسناد الحديث وما في وهم معمر وتفردة والعمل في الخبر .

أما الأحكام : فإذا أسلم الرجل وتحتته أكثر من أربع زوجات فأسلمن معه في العدة أو كن كتابيات ، لزمه أن يختار أربعاً منهن ، ويفارق ما زاد سواء تزوجهن بعقد واحد أو بعقود ، وسواء اختار من نكاحها أولاً أو آخرأ ، وبه قال مالك وأحمد ومحمد بن الحسن . وقال الزهري وأبو حنيفة وأبو يوسف : لا يصح التخيير بحال ، بل إن كان تزوجهن بعقد واحد بطل نكاح الجميع ، ولا يحل له واحدة منهن إلا بعقد مستأنف ، فإن تزوجهن بعقود لزمه نكاح الأربع الأولى ، وبطل نكاح من بعدهن . دليلنا ما روى عن غيلان بن سلمة في قصة إسلامه التي أتينا عليها قبل .

(فرع) إذا أسلم وتحتته أكثر من أربع نسوة وأسلمن فقد ذكرنا أنه يجب عليه أن يختار الأربع منهن لقوله صلى الله عليه وسلم اغيلان : اختر أربعاً ، وهذا أمر ، والأمر يدل على الوجوب ؛ فإن لم يختار أجبره الحاكم على الاختيار ، لأنه لا يجوز له أن يمسك أكثر من أربع ويحبسه ليختار ، فإن لم يفعل أخرجه وضربه جلدات دون أقل الجلد ، فإن لم يختار أعاده إلى الحبس ، فإن لم يفعل أخرجه وضربه ثانياً وعلى هذا يتكرر عليه الحبس والضرب إلى أن يختار ، لأن هذا حق يتعين عليه ، فهو كما لو كان عليه دين وله مال ناض أخفاه فإنه يحبس ويعزر إلى أن يظهره ليقضى به الدين ، ويجب عليه أن ينفق على جميعهن إلى أن يختار لأنهن محبوسات عليه ، فإن جن في حال الحبس أطلق سراحه لأنه خرج عن أن يكون من أهل الاختيار ، فإذا أفاق أعيد إلى الحبس والتعزير ، ولا ينوب الحاكم عنه في الاختيار ؛ لأنه اختيار شمولية فلم يذب عنه الحاكم .

فإن قال لا أربع منهن : اختر تكن أو اخترت نكاحيكن أو اخترت حبسكن

أو أمسكتك أو أمسكت نكاحك أو أثبت نكاحك أو أثبت عقدك لزوم نكاحهن وانفسخ نكاح ما زاد عليهن .

وإن قال لواحدة أو لثلاثة أو لاربعة : فسخت نكاحك وانفسخ نكاحك ولزم نكاح الأربع الباقيات . وإن طلق واحدة أو أربعاً وقع عليها وكان ذلك اختياراً لها للزوجية ، لأن ذلك يتضمن الاختيار لأن الطلاق لا يقع إلا في زوجة وإن قال لواحدة فارتك أو اخترت فارتك فذكر الشيخان أبو حامد وأبو إسحاق أن ذلك يكون اختياراً وانفسخ نكاحها

وقال القاضي أبو الطيب : يكون ذلك اختياراً لها للزوجية فيقع عليها الفرقة ويعتد بها من الأربع الزوجات ، لأن الفراق صريح في الطلاق ، فلما كان الطلاق في واحدة منهن اختياراً لزوجيتهما فكذلك لفظ الطلاق صريح في الطلاق . قال ابن الصباغ : وهذا وإن كان مبنيًا على هذا الأصل إلا أنه مخالف للسنة ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لغيلان اختر منهن أربعاً وفارق سائرهن . وكذلك حديث نوفل بن معاوية حيث قال له النبي صلى الله عليه وسلم أمسك أربعاً وفارق الأخرى — رواه الشافعي وفي إسناده مجهول — لأن الشافعي يقول حدثنا بعض أصحابنا عن أبي الزناد عن عبد المجيد بن سهل عن عوف بن الحارث عن نوفل بن معاوية .

وهل يكون لفظ الفراق صحيحاً كما قلنا إنه صريح في الطلاق ، فيكون صريحاً في الطلاق وفي الفسخ لأنه حقيقة فيهما ويتخصص بالموضع الذي يقع فيه . فإن كان ظاهر من واحدة منهن أو إلى منها لم يكن ذلك اختياراً لها ، لأنه قد يخاطب به غير الزوجة . وإن وطئ واحدة ففيه وجهان :

(أحدهما) يكون ذلك اختياراً للنكاح ، لأن الظاهر أنه لا يطاق إلا من يختارها للنكاح كما قلنا في البائع إذا وطئ الجارية المبيعة في حال الخيار فإنه فسخ للبيع . (والثاني) لا يكون ذلك اختياراً لها ، لأن ما يتعلق به أصل طلاق النكاح لا يكون بالوطء كالرجعية ، فإذا قلنا إنه اختيار للموطوءة للنكاح فوطئ أربعاً منهن لم يفسخ نكاح البواقي . وإذا قلنا لا يكون اختياراً للنكاح

قلنا له : اختر أربعا ، فإن اختار الموطوءة فلا شيء عليه ، وإن اختار أربعا غير الموطوءة لزمه للموطوءة مهر مثلها

* * *

(فرع) وإن قال : كلما أسلمت واحدة منكن فقد اخترت نكاحها لم يصح ، لأن الاختيار كابتداء العقد ، فلا يجوز تعليقه على صفة . قال الشافعي رضي الله عنه : كلما أسلمت واحدة منكن فقد اخترت فسخ نكاحها . لم يكن شيئا إلا أنه يريد طلاقا ، وجه ذلك أن الرجل إذا أسلم وتحتة أكثر من أربع زوجات فقال : كلما أسلمت واحدة منكن فقد اخترت فسخ نكاحها ، فإن أراد به الفسخ لم يصح لأن الفسخ لا يصح تعليقه بالصفات ؛ فهو كما لو أسلمن وقال لكل واحدة : إذا طلعت الشمس فقد فسخت نكاحك ،

وإن نوى به الطلاق ، أو قال كلما أسلمت واحدة منكن فهي طالق ، فاختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال بظاهر كلام الشافعي ، وقال يصح ذلك لأن الطلاق يصح تعليقه على الصفات ، فإذا أسلم أربع منهن وقع عليهن الطلاق ، وكان ذلك اختيارا للزوجتين ، ومنهم من قال لا يصح ولا يتعاق بهذا حكم قال الشيخ أبو حامد ، وهو المذهب ، لأن هذا يتضمن اختيارا للزوجة . والاختيار لا يصح تعليقه بالصفة ، ومن قال بهذا تأول كلام الشافعي ثلاثة تأويلات .

(أحدها) أنه إذا أسلم الرجل وليس عنده إلا أربع زوجات حرائر وتأخر إسلامهن فقال كلما أسلمت واحدة منكن فقد اخترت فسخ نكاحها ، فإن أراد به الفسخ لم يصح لأن الفسخ لا يصح إلا فيمن تفضل عن الأربع ، وإن أراد به الطلاق صح لأنه يلزمه نكاح جميعهن والطلاق يصح تعليقه بالصفات

(والتأويل الثاني) أنه أراد إذا أسلم وتحتة أكثر من أربع زوجات ، فكلما أسلمت واحدة منهن قال لها فسخت نكاحك ونوى به الطلاق فيصح ذلك ويكون طلاقا واختيارا لها ، فيكون الشرط من كلام الشافعي لا من كلام الزوج .

والتأويل الثالث : أنه أراد إذا أسلم رجل وعنده ثمانى زوجات فأسلم أربع
منهن فاختر نكاحهن لزمه نكاحهن ، ثم قال بعد ذلك للباقيات : كلما أسلمت
واحدة منكن فقد اخترت فسخ نكاح واحدة من زوجاتي اللاتي اخترت نكاحهن
فإن أراد به الفسخ لم يصح ، وإن أراد به الطلاق صح ، فكلما أسلمت واحدة من
الباقيات طلقت واحدة من الزوجات .

قال ابن الصباغ : والطريقة الأولى أظهر والتأويل يبعد ، لأن الطلاق يصح
تعليقه بالصفات والاختيار تابع .

(فرع) وإن أسلم وأسلم ثم ارتد لم يصح اختياره ، وكذلك إذا رجع إلى
الردة لم يصح اختياره ولا واحدة منهن ، لأن الردة تنافي ابتداء النكاح فكذلك
الاختيار ، وإن أسلم وأحرم فالمنصوص أنه يصح اختياره كما تصح رجوعه ، ومنهم
من قال : إن أسلم وأحرم فالمنصوص في الأم أنه يصح اختياره ، فمن أصحابنا من
قال : فيه قولان . أحدهما : لا يصح اختياره كما لا يصح نكاحه . والثاني : يصح
اختياره كما تصح رجوعه ، ومنهم من قال : إن أسلم وأحرم ثم أسلم لم يصح
اختياره كما لا يصح نكاحه ، وإن أسلم وأسلم ثم أحرم صح اختياره ، لأن
الإحرام طراً بعد ثبوت الاختيار .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن مات قبل أن يختار لم يرقم وارثه مقامه : لأن الاختيار يتعلق
بالشهوة فلا يقوم فيه غيره مقامه ، وتجب على جميعهن العدة ، لأن كل واحدة
منهن يجوز أن تكون من الزوجات ، فمن كانت حاملاً اعتدت بوضع الحمل ومن
كانت من ذوات الشهر اعتدت بأربعة أشهر وعشر ، ومن كانت من ذوات الأقراء
اعتدت بالأفصى من الأجلين من ثلاثة أقراء ، أو أربعة أشهر وعشر ، ليسقط
الفرض بيقين وبوقف ميراث أربع نسوة إلى أن يصطلحن ، لانا نعلم أن فيهن
أربع زوجات ، وإن كان عددهن ثمانية لجاء أربع يطالبن الميراث لم يدفع اليهن
شيء لجواز أن تكون الزوجات غيرهن ، وإن جاء خمس دفع اليهن ربع الموقوف
لأن فيهن زوجة بيقين ، ولا يدفع اليهن إلا بشرط أنه لم يبق لهن حق ليمكن

هرف الباقي إلى باقي الورثة ، وإن جاء ست دفع اليهن نصف الموقوف لأن فيهن زوجتين بيقين ؛ وعلى هذا القياس ، وإن كان فيهن أربع كتابيات ففيه وجهان .
(أحدهما) وهو قول أبي القاسم الداركي انه لا يوقف شيء ، لأنه لا يوقف إلا ما يتحقق استحقاقه ويجعل مستحقه ، وههنا لا يتحقق الاستحقاق لجواز ان تكون الزوجات الكتابيات فلا يرثن .

(والثاني) يوقف لأنه لا يجوز ان يدفع إلى باقي الورثة إلا ما يتحقق انهم يستحقونه ، ويجوز ان يكون المسلمات زوجاته فلا يكون الجميع لباقي الورثة .

(الشرح) الأحكام : إذا أسلم رجل حر وعنده أكثر من أربع زوجات حرائر وأسلم معه ، مات قبل ان يختار أربعاً ، فإن الوارث لا يقوم مقامه في الاختيار لأنه اختيار شهوة ، والوارث لا ينوب منابه في الشهوة فلزم من العدة فإن كن حوامل لم تنقض عدتهن إلا بوضع الحمل ، لأن من كانت منهن زوجة فهي متوفى عنها زوجها ، وعدة المتوفى عنها زوجها تنقضي بوضع الحمل ، وإن كن حوامل - فإن كن من ذوات الشهور - لم تنقض عدتهن إلا بأربعة أشهر وعشر لأن من كانت منهن زوجة فهي موطوءة بشبهة فعدتها ثلاثة أشهر ، ولا تنقص الزوجات من غيرهن فلزم من أربعة أشهر وعشر ليسقط الفرض بيقين ، وإن كن من ذوات الأفرأ لازم كل واحدة منهن ان تعتد بأقصى الاجلين من أربعة أشهر وعشر أو ثلاثة أفرأ ، لأن عدة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشر أو عدة الموطوءة بشبهة ثلاثة أفرأ .

فإن كانت قبل مضي أربعة أشهر وعشراً لزمها استكمال العدة أربعة أشهر وعشر ليسقط الفرض بيقين كما قلنا فيمن نسي صلاة من خمس صلوات لا يعرفها بعينها ، وإن كان بعضهم حوامل وبعضهم من ذوات الشهور ؛ وبعضهن من ذوات الأفرأ لازم كل واحدة حكم نفسها فيما ذكرنا من ذلك ويوقف لمن من ماله ميراث أربع زوجات وهو الربع مع عدم الولد والثمن مع الولد ، لأن فيهن أربع زوجات بيقين ، وإن لم يعرفن بأعيانهن ، فإن اصطالحن فيه ، فإن كن ثمان نسوة فأخذت كل واحدة منهن ثمن الموقوف أو تفاضلن فيه برضاهن صح عن

الشافعي رضى الله عنه ، فإن كان فيهن مولاة عليها إما لأنها صغيرة أو مجنونة لم يصح لولائها أن يصالح عنها بأقل من ثمن الموقوف لأنها تستحق هذا القدر في الظاهر ، فلا يجوز أن يصالح عنها على أقل منه .

قال الشافعي رضى الله عنه في الام : فإن جاءت منهن واحدة إلى الحاكم فطالب حقه من الميراث لم يدفع اليها شيء لأنه يمكن أن لا تكون زوجة وكذلك إن جاء اثنتان أو ثلاث أو أربع فإن جاء خمس دفع اليهن ربع الموقوف لانا نتيقن أن فيهن زوجة .

قال أكثر أصحابنا : إلا أنه لا يدفع ذلك اليهن إلا بشرط أنه لم يبق لهن حق في الباقي من الموقوف ليمكن صرفه إلى الثلاث الباقيات إن طلبته لأنه إذا لم يشترط عليهن ذلك كان حقهن متعلقاً به فيؤدي إلى أن يأخذن نصيب زوجة بيتين ، وحقهن بالباقي ، وكذلك إن جاء ست دفع اليهن نصف الموقوف بهذا الشرط ، ودفع الباقي إلى الأخيرتين إن طلبته ، وإن جاء سبع منهن دفع اليهن ثلاثة أرباع الموقوف بهذا الشرط ، ودفع الباقي منه إلى الثامنة إن طلبت ذلك .

قال ابن الصباغ : وهذا فيه نظر ، وذلك أن من يعطى من الميراث اليقين لا يسقط بذلك حقه مما يجوز أن يستحقه كما لو خاف زوجة وحملانا نعطي الزوجة اليقين ، ونوقف الباقي ، ولا يسقط حقها منه ، وإن أسلم وتحتة أربع زوجات كتابيات وأربع وثنيات فأسلم الوثنيات معه ثم مات قبل أن يختار ، ففيه وجهان (أحدهما) لا يوقف شيء من تركته بل يدفع الجميع إلى باقي ورثته لأنه لا يوقف إلا ما يتيقن استحقاقه على باقي الورثة ، ويجهل من يستحقه ، وهما يجوز أن يكون الزوجات هن الكتابيات (والثاني) يجوز أن يكون المسلمات هن الزوجات .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن أسلم وتحتة اختان ، أو امرأة وعمتها ، أو امرأة وخالتها ، واسلمتا معه لزمه أن يختار أحدهما ، لما روى أن ابن الديلمي أسلم وتحتة اختان فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : اختر أيتهمما شئت وفارق الأخرى ، وإن أسلم

وثخته أم وبنت وأسلمتا معه ؛ لم يخل إما أن لا يكون قد دخل بواحدة منهما أو دخل بهما أو دخل بالأم دون البنت أو بالبنت دون الأم ، فإن لم يكن دخل بواحدة منهما ففيه قولان .

(أحدهما) يمسك البنت وتحرم الأم ، وهو اختيار المزني ، لأن النكاح في الشرك كالنكاح الصحيح ، بدليل أنه يقر عليه والام تحرم بالعقد على البنت ؛ وقد وجد العقد ، والبنت لا تحرم إلا بالدخول بالأم ، ولم يوجد الدخول ، (والقول الثاني) وهو الصحيح أنه يختار من شاء منهما ، لأن عقد الشرك إنما ثبت له الصحة إذا انضم إليه الاختيار ؛ فإذا لم ينضم إليه الاختيار فهو كالمعدوم ، ولهذا لو أسلم وعنده أختان واختار إحداهما جعل كأنه عقد عليهما ولم يعقد على الأخرى ، فإذا اختار الأم صار كأنه عقد عليهما ولم يعقد على البنت ، وإذا اختار البنت صار كأنه عقد عليهما ولم يعقد على الأم ، فعلى هذا إذا اختار البنت حرمت الأم على التأييد ، لأنها أم إمرأته ، وإن اختار الأم حرمت البنت تحريم جمع لأنها بنت إمرأة لم يدخل بها ، وإن دخل بها حرمت البنت بدخوله بالأم وأما الأم فإن قلنا : إنها تحرم بالعقد على البنت حرمت لعلتين بالعقد على البنت وبالدخول بها .

وإن قلنا : إنها لا تحرم بالعقد حرمت بعة وهي الدخول ، وإن دخل بالأم دون البنت — فإن قلنا : إن الأم تحرم بالعقد على البنت — حرمت الأم بالعقد على البنت وحرمت البنت بالدخول بالأم ، وإن قلنا : إن الأم لا تحرم بالعقد على البنت حرمت البنت بالدخول بالأم وثبت نكاح الأم ، وإن دخل بالبنت دون الأم ثبت نكاح البنت وانفسخ نكاح الأم وحرمت في أحد القولين بالعقد وبالدخول ، وفي القول الآخر بالدخول .

(الشرح) حديث ابن الديلمي لعنه فيروز في رواية ابنه الضحاك عن الشافعي وأحمد والرمذي وحسنه والدارقطني وابن حبان وصححه ، عن الضحاك عن أبيه قال : أسلمت وعندي امرأتان أختان فأمرني النبي صلى الله عليه وسلم أن أطلق إحداهما ، وفي لفظ الترمذي : اختر أيتهما شئت .

فإذا أسلم وعنده أختان اختار أحدهما وفارق الأخرى وكذلك إذا أسلم وعنده امرأة وعمتها أو امرأة وخالتها وأسلمتا اختار أحدهما لأنه لا يجوز الجمع بينهما فهما كالأختين ، وقد مضى كلامنا على الأحاديث الواردة في ذلك .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان أسلم وتحتته أربع اماء فأسلمن معه فان كان ممن يحل له نكاح الأمة اختار واحدة منهن لانه يجوز أن يبتدىء نكاحها فجاز له اختيارها كالحره وان كان ممن لا يحل له نكاح الأمة لم يجوز أن يمسك واحدة منهن .

وقال أبو ثور : يجوز لأنه ليس بابتداء النكاح فلا يعتبر فيه عدم الطول وخوف العنت كالرجعة وهذا خطأ ، لانه لا يجوز له ابتداء نكاحها فلا يجوز له اختيارها كالأم والأخت ويخالف الرجعة ، لان الرجعة سد ثلمة في النكاح ، والاختيار اثبات النكاح في المرأة ، فصار كابتداء العقد ، وان أسلم وتحتته اماء وهو موسر فلم يسلمن حتى أعسر ثم أسلمن فله أن يختار واحدة منهن ، لان وقت الاختيار عند اجتماع اسلامه واسلامهن ، وهو في هذا الحال ممن يجوز له نكاح الأمة ، فكان له اختيارها ، وان أسلم بعضهم وهو موسر وأسلم بعضهم وهو معسر ، فله أن يختار من اجتمع اسلامه واسلامها وهو معسر ، ولا يختار من اجتمع اسلامه واسلامها وهو موسر اعتباراً بوقت الاختيار .

(فصل) وان أسلم وعنده أربع اماء فأسلمت منهن واحدة ، وهو ممن يجوز له نكاح الإمام فله أن يختار المسلمة وله أن ينتظر اسلام البواقي ليختار من شاء منهن ؛ فان اختار فسخ نكاح المسلمة لم يكن له ذلك ، لان الفسخ انما يكون فيمن فضل عمن يلزمه نكاحها ، وليس ههنا فضل ، فان خالف وفسخ ولم يسلم البواقي لزم نكاح المسلمة ، وبطل الفسخ ، وان أسلمن فله أن يختار واحدة ، فان اختار نكاح المسلمة التي اختار فسخ نكاحها ، ففيه وجهاً .

(أحدهما) ليس له ذلك لانا منعنا الفسخ فيها لانها لم تكن فاضلة عمن يلزم فيها النكاح ، وباسلام غيرها صارت فاضلة عمن يلزم نكاحها ، فثبت فيها الفسخ

(والثاني) وهو المذهب - أن له أن يختار نكاحها لأن اختيار الفسخ كان قبل وقته ، فكان وجوده كعدمه ، كما لو اختار نكاح مشركة قبل إسلامها .

(فصل) وإن أسلم وعنده حرة وأمة وأسلمتا معه ثبت نكاح الحرية وبطل نكاح الأمة ، لأنه لا يجوز أن يبتدىء نكاح الأمة مع وجود حرة ، فلا يجوز أن يختارها ، فإن أسلم وأسلمت الأمة معه وتخلفت الحرية فإن أسلمت قبل انقضاء العدة ثبت نكاحها وبطل نكاح الأمة كما لو أسلمتا معاً ، وإن انقضت العدة ولم تسلم بانى باختلاف الدين ، فإن كان ممن يحل له نكاح الأمة فله أن يمسكها .

(فصل) وإن أسلم عبد وتحتة أربع فأسلمن معه لزمه أن يختار اثنتين فإن أعتق بعد إسلامه وإسلامهن لم تجز له الزيادة على اثنتين لأنه ثبت له الاختيار وهو عبد وإن أسلم وأعتق ثم أسلمن أو أسلمن وأعتق ثم أسلم لزم نكاح الأربع لأنه جاء وقت الاختيار وهو ممن يجوز له أن ينكح أربع نسوة .

(الشرح) قوله : سد الثلثة يعنى جبر الحلل يقال ثلثته أثلثة وبابه ضرب وفى السيف ثلم وفى الإناه ثلم إذا كسر من شفته .

أما الأحكام : فإنه إذا أسلم الحر وتحتة أربع زوجات أماء وأسلمن معه بعد الدخول ، فإن كان عادماً أطول حرة عاتفاً للعنت لزمه أن يختار واحدة منهن ، وإن كان واجداً أطول حرة أو آمناً من العنت لم يجز له أن يختار منهن واحدة . وقال أبو ثور : له أن يختار واحدة منهن بكل حال ، لأن الاختيار ليس بابتداء نكاح وإنما هو كالرجعة ، وهذا ليس بصحيح لأنه لا يجوز له النكاح للأمة ، فلا يحل له اختيار نكاحها كالمعتدة .

إذا ثبت هذا : فإن أسلم وهو موسر فلم يسلمن معه حتى أعسر فله أن يختار واحدة منهن اعتباراً بوقت اجتماع إسلامه وإسلامهن ، وإن أسلم وهو موسر فلم يسلمن حتى أيسر لم يكن له أن يختار واحدة منهن ، وإن اجتمع إسلامه وإسلام بعضهن وهو موسر واجتمع إسلامه وإسلام بعضهن وهو معسر فله أن يختار من اجتمع إسلامه وإسلامهن فى حال الإعسار دون يساره ، وإن أسلم وأسلمت واحدة منهن وتخلف ثلاث فى الشرك فله أن يختار المسلمة ، وله أن ينتظر إسلام

الثلاث الباقيات ، لأنه قد يكون له غرض في ذلك ، فإن اختار نكاح المسلمة
 لزمه نكاحها ، فإن لم يسلم الباقيات حتى انقضت عدتهن انفسخ نكاحهن من وقت
 اسلامهن وكان ابتداء عدتهن من ذلك الوقت ، وإن أسلمن قبل انقضاء عدتهن
 انفسخ نكاحهن وقت اختيار الأول ، وكان ابتداء عدتهن من ذلك الوقت ، فإن
 ماتت المسلمة بعد اختيار نكاحها فليس له أن يختار واحدة من الباقيات ، وإن لم
 يختتر المسلمة الأولى نظرت ، فإن لم يسلم الباقيات حتى انقضت عدتهن لزمه نكاح
 المسلمة وانفسخ نكاح الباقيات من وقت اسلامه وابتداء عدتهن من ذلك الوقت
 وهكذا لو أسلم وتحنه ثمان نسوة دخل بهن وأسلم منهن أربع وتختلف أربع فله أن
 يختار نكاح الأربع المسلمات ، وله أن ينتظر اسلام الباقيات ، فإذا اختار كان
 الحكم في وقت الفسخ ووقت العدة ما ذكرناه في التي قبلها ، فإن طلق الأمة
 المسلمة أولا أو الأربع الحرائر المسلمات قبل اسلام الباقيات صح طلاقه ، وكان
 ذلك اختياراً لمن طلق ، وإن أراد أن يفسخ نكاح المسلمة أولا أو الأربع
 المسلمات قبل اسلام الباقيات لم يكن له ذلك ، لأن الفسخ إنما يكون فيمن فضل
 عن يلزمه نكاحه ، ويجوز أن لا يسلم الباقيات ، فيلزمه نكاح من قد أسلم ، فإن
 خالف وفسخ نكاح من أسلم نظرت ، فإن لم يسلم الباقيات لم يصح الفسخ وازمه
 نكاح من فسخ نكاحه . وإن أسلم الباقيات نظرت ، فإن اختار نكاح واحدة من
 الثلاث الاماء أو الأربع الحرائر المسلمات لزمه نكاح من اختار نكاحه
 وانفسخ نكاح الباقيات ، وإن اختار نكاح الأمة المسلمة أو الأربع الحرائر أولا
 فقيه وجهان .

(أحدهما) يصح اختياره ، لأن فسخه الاول لم يحكم بصحته .

(والثاني) لا يصح ، لأننا إنما لم نحكم بصحة فسخه لأنها لم تكن فاضلة عن
 يلزمه نكاحها ، وباسلام الباقيات صار من فسخ نكاحها فاضلا والاول أضع .

(مسألة) إذا نكح الحر ثمانى زوجات في الشرك ، فأسلم وأسلم منهن أربع
 وتختلف أربع ، ثم مات الأربع المسلمات أو بعضهن ثم أسلم الأربع الباقيات قبل
 انقضاء عدتهن ، فله أن يختار الأربع الموقى للنكاح ، لأن الاختيار ليس هو

ابتداء عقد ، وإنما يتعين به من كانت زوجة ولأن الاعتبار بالاختيار حال ثبوته وقد كن أحياء ذلك الوقت .

(فرع) إذا تزوج وثنية ثم أسلمت وتخلف الزوج في الشرك فتزوج اختها فان أسلم بعد انقضاء عدة الأولة انفسخ نكاح الأولة وثبت نكاح الثانية إن أسلمت معه قبل انقضاء عدتها ، وإن أسلم الزوج قبل انقضاء عدة الأولة وأسلمت معه الثانية ، اختار أيتهما شاء .

* * *

(فرع) إذا كان تحتها ثمان زوجات فأسلم وأسلمن معه — فقد قلنا : إذا طلق واحدة كان ذلك اختياراً لزوجيتها ، وإن ظاهر من واحدة أو آلى منها أو قذفها لم يكن ذلك اختياراً لها ، لأنه قد يخاطب به غير الزوجة ، فيكون ذلك موقوفاً — فإن لم يختار التي ظاهر منها أو آلى لم يصح ظهاره ولا إيلائه ، وإن اختارها للنكاح تبين أن ظهاره أو إيلائه صحيح .

وأما المقدوفة : فإن لم يختارها للنكاح ، وجب عليه الحد بقذفها ، ولا يسقط إلا بالبينة ، وإن اختارها للنكاح تبين أنها كانت زوجة ، وله أن يسقط حد قذفها بالبينة أو باللعان ، وإن أسلم وتخلفن في الشرك فطلق واحدة منهن أو ظاهر منها أو آلى أو قذفها ، فإن لم يسلمن حتى انقضت عدتهن لم يكن لطلاقه وظهاره وإيلائه حكم ، ويجب عليه التعزير للمقدوفة ، وإن أسلمن قبل انقضاء عدتهن .

قال الشيخ أبو حامد الأسفراييني : فإن اختار التي طلق أو ظاهر منها أو آلى وقع عليها الطلاق والظهار والإيلاء . ويلزمه التعزير بقذفها ، وله أن يسقطه بالبينة أو باللعان ؛ وإن لم يختارها فانها أجنبية منه فلا يقع عليها طلاق ولا ظهار ولا إيلاء ويلزمه بقذفها التعزير ، ولا يسقط إلا بالبينة .

قال ابن الصباغ في الشامل : وفي هذا عندى نظر ، بل يجب إذا أسلمت المطلقة أن يقع عليها الطلاق ، ويكون ذلك اختياراً لها لأن هذا الطلاق إذا كن يقع عليها مع اختياره وقع عليها باسلامها .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان تزوج امرأة معتدة من غيره وأسلمها فان كان قبل انقضاء العدة لم يقرأ على النكاح ، لأنه لا يجوز له أن يبتدىء نكاحها فلا يجوز اقراره على نكاحها ، وان كان بعد انقضاء العدة أقرأ عليه ، لأنه يجوز أن يبتدىء نكاحها ، وان أسلما وبينهما نكاح متعة لم يقرأ عليه ، لأنه ان كان بعد انقضاء المدة لم يبق نكاح ، وان كان قبله لم يعتقدا تأييده ؛ والنكاح عقد مؤبد ، وان أسلما على نكاح شرط فيه الخيار لهما أو لأحدهما متى شاء لم يقرأ عليه ، لانهما لا يعتقدان لزومه والنكاح عقد لازم ، وان أسلما على نكاح شرط فيه خيار ثلاثة أيام - فان كان قبل انقضاء المدة - لم يقرأ عليه ؛ لانهما لا يعتقدان لزومه ، وان كان بعد انقضاء المدة أقرأ عليه لانهما يعتقدان لزومه ، وان طلق المشرک امرأته ثلاثاً ثم تزوجها قبل زوج ثم أسلما لم يقرأ عليه ، لانها لا تحل له قبل زوج ، فلم يقرأ عليه كما لو أسلم وعنده ذات رحم محرم ، وان قهر حربي حربية ثم أسلما - فان اعتقدا ذلك نكاحاً - أقرأ عليه لأنه نكاح لهم فيمن يجوز ابتداء نكاحها فأقرأ عليه ، كالنكاح بهلاولى ولا شهود ، وان لم يعتقدا ذلك نكاحاً لم يقرأ عليه لأنه ليس بنكاح .

(فصل) اذا ارتد الزوجان أو أحدهما - فان كان قبل الدخول - وقعت الفرقة ، وان كان بعد الدخول وقعت الفرقة على انقضاء العدة ، فان اجتمعا على الاسلام قبل انقضاء العدة فهما على النكاح ؛ وان لم يجتمعا وقعت الفرقة ، لأنه انتقال من دين الى دين يمنع ابتداء النكاح ، فكان حكمه ما ذكرناه كما لو أسلم أحد الوثنيين .

(فصل) وان انتقل الكتابي الى دين لا يقر أهله عليه لم يقر عليه ، لأنه لو كان على هذا الدين في الاصل لم يقر عليه ، فكذلك اذا انتقل اليه ، وما الذي يقبل منه ؟ فيه ثلاثة أقوال .

(أحدها) يقبل منه الاسلام أو الدين الذي كان عليه ، أو دين يقر عليه أهله ، لان كل واحد من ذلك مما يجوز الاقرار عليه .

(والثاني) لا يقبل منه الا الاسلام لأنه دين حق ، أو الدين الذي كان عليه

لأننا أقررناه عليه (والثالث) لا يقبل منه إلا الإسلام وهو الصحيح ، لأنه اعترف ببطلان كل دين سوى دينه ، ثم بالانتقال عنه اعترف بطلانه ، فلم يبق إلا الإسلام ، وإن انتقل الكتابي إلى دين يقر أهله عليه ففيه قولان .
(أحدهما) يقر عليه ، لأنه دين يقر أهله عليه فأقر عليه كالإسلام .

(والثاني) لا يقر عليه لقوله عز وجل : ومن يتبع غير الإسلام ديناً فلن يقبل منه ، فعلى هذا فيما يقبل منه قولان . أحدهما : يقبل منه الإسلام أو الدين الذي كان عليه ، والثاني : لا يقبل منه إلا الإسلام لما ذكرناه . وكل من انتقل من الكفار إلى دين لا يقر عليه حكمه في بطلان نكاحه حكم المسلم إذا ارتد .
(فصل) وإن تزوج كتابي وثنية ففيه وجهان . أحدهما وهو قول أبي سعيد الاصطخري : أنه لا يقر عليه لأن كل نكاح لم يقر عليه المسلم لم يقر عليه الذي كنكاح المرتدة . والثاني : وهو المذهب أنه يقر عليه لأن كل نكاح أقر عليه بعد الإسلام أقر عليه قبله كنكاح الكتابية .

(الشرح) إذا تزوج معتدة من غيره ، فإن أسلمها قبل انقضاء عدتها من الأول لم يقرأ على النكاح لأنه لا يجوز له ابتداء نكاحها فلم يجوز إقراره عليه كذوات محارمه ، وإن أسلمها بعد انقضاء عدتها من الأول أقرأ على النكاح لأنه لا يجوز له ابتداء نكاحها فأقرأ عليه .

(فرع) إذا نكح مشرك مشركة نكاح متعة ثم أسلمها لم يقرأ عليه لأنهما إن أسلمها قبل انقضاء المدة التي شرطها فهما لا يعتقدان لزومه الآن بعد انقضائهما ، وإن أسلمها بعد انقضائهما فهما لا يعتقدان لزومه .

قال الشافعي رضي الله عنه : فإن أبطلا بعد العقد المتعة وجعلوا العقد مطلقاً لم يؤثر ذلك ، لأنه حالما عقدها كانا يعتقدان أنه لا يدوم بينهما فلم يتغير ذلك الحكم بما طرأ من الشرط ، وهكذا لو تزوجها على أن لها أو لا - دهما الخيار في فسخ النكاح متى شاء ثم أسلم لم يجوز إقرارها عليه ، لأنهما لا يعتقدان لزومه ، فإن اتفقا على إسقاط الشرط لم يؤثر ذلك ، ولم يقرأ عليه لما ذكرناه ، وإن شرطاً بينهما خيار ثلاثة أيام ، فإن أسلمها قبل الثلاث لم يقرأ عليه ، لأنهما لا يعتقدان لزومه ، وإن أسلمها بعد الثلاث أقرأ عليه لأنهما يعتقدان لزومه .

(فرع) قال في الأم : وان قهر حربى حربية على نفسها فوطئها أو طاوعته فوطئها ثم أسلم لم يقر على ذلك إذا كانا لا يعتقدان ذلك نكاحا . قال أصحابنا : فإن اعتقدا ذلك نكاحا وأسلمها أقرا عليه لأنه لا يجوز لبعض أهل الذمة أن يقر بعضاً ، لأن على الإمام الذب عنهم .

(مسألة) إذا ارتد أحد الزوجين - فإن كان قبل الدخول - انفسخ نكاحهما وقال داود : لا يفسخ . دليلنا قوله تعالى : ولا تمسكوا بعصم الكوافر ، ولأن هذا اختلاف دين بمنع الإصابة فانفسخ به النكاح كالأول أسلمت الذمية تحت كافر وإن ارتد أحدهما بعد الدخول وقف النكاح على انقضاء عدة الزوج ، فإن رجع المرتد منهما قبل انقضاء عدتها فهما على النكاح . وإن انقضت عدتها قبل أن يسلم المرتد منهما بانت منه برودة المرتد منهما ، وبه قال أحمد وإحدى الروايتين عن مالك وقال أبو حنيفة : يفسخ النكاح في الحال ، وهى الرواية الأخرى عن مالك دليلنا أن هذا اختلاف دين بعد الدخول فلا يوجب الفسخ في الحال كالأول أسلمت الحربية تحت الحربى ، وإن ارتدا معاً - فإن كان قبل الدخول - انفسخ النكاح بينهما ، وإن كان بعد الدخول وقف الفسخ على انقضاء عدة الزوجة ، فإن رجعا إلى الإسلام قبل انقضائها فهما على النكاح ، وإن انقضت قبل إسلامهما بانت منه بالردة ، وبه قال مالك وأحمد رضى الله عنهما . وقال أبو حنيفة : لا يفسخ العقد استحساناً ، دليلنا أنها ردة طارئة على النكاح فوجب أن يتعلق بها فسخه كالأول ارتد أحدهما .

(فرع) إذا ارتدت الزوجة بعد الدخول فطلقها الزوج ثلاثاً - فإن انقضت العدة قبل أن ترجع إلى الإسلام - تبينا أنها بانت بالردة ، ولم يقع عليها طلاق ، وإن رجعت إلى الإسلام قبل انقضاء العدة ، تبينا أنها كانت زوجة وقت الطلاق ووقع عليها . وإن تزوج أختها أو عمتها بعد الطلاق أو خالتها بعد الطلاق صح بكل حال ، لأنها إما بأن منه بالردة أو بالطلاق ؛ وإن تزوج أختها أو عمتها بعد الردة وقبل الطلاق في العدة لم يصح ، لجواز أن ترجع إلى الإسلام فتكون زوجة .

(فرع) وإن ارتدت زوجة رجل بعد الدخول عليه ، وله امرأة صغيرة فارضتها أم المرتدة قبل انقضاء عدة المرتدة خمس رضعات منفصلات ، فإن رجعت

المرتدة الى الاسلام قبل انقضائه عندها انفسخ نكاح الصغيرة وفي الكبيرة قولان وان لم ترجع الى الاسلام باذن بالردة ، ولم ينفسخ نكاح الصغيرة ، وان أرضعتها الكبيرة أو بنتها انفسخ نكاح الصغيرة بكل حال .

- (مسألة) اذا انتقل اليهودي أو النصراني الى دين لا يقر أهله عليه ، لم يقر عليه ، كما لا يقر أهله عليه وما الذي يقبل منه ؟ فيه ثلاثة أقوال .
(أحدها) الاسلام أو الدين الذي كان عليه أو دين يقر أهله عليه ، لان كل دين من ذلك يقر أهله عليه .

(والثاني) لا يقبل منه الا الاسلام ، لانه الدين الحق ؛ أو الدين الذي كان عليه ، لانا قد أقررناه عليه .

(والثالث) وهو الأصح ، أنه لا يقبل منه الا الاسلام ، لانه قد اعترف بطلان كل دين فلم يقبل الا الاسلام فإن انتقل الى دين يقر أهله عليه فهل يقر عليه فيه قولان مضي توجيهمهما ، فإن قلنا : لا يقر عليه فهل يقبل منه الدين الذي كان عليه أو لا يقبل منه الا دين الاسلام ، فيه قولان مضي توجيهمهما ، وكل موضع قلنا : لا يقبل منه ما انتقل اليه فحكمه في النكاح حكم المرتد وقد مضى بيانه .

(مسألة) اذا تزوج الكتابي بكتابية أقرا عليه قبل إسلامهما وبعد إسلامهما وان تزوج الكتابي وثنية أو مجوسية - فإن أسلما - أقرا عليه بلا خلاف ، لان غيلان بن سلمة أسلم وتحتة عشر نسوة فأسلمن معه ، فأمره النبي صلى الله عليه وسلم ان يختار منهن اربعاً ، ولم يسأله هل هن كتابيات او غير كتابيات ، فدل على ان الحكم لا يختلف ، وان ترافعا اليينا قبل الاسلام ففيه وجهان .

قال ابو سعيد الاصبطخري لا يقران عليه لان كل نكاح لم يقر عليه المسلم لم يقر عليه الكتابي كالمترد . والثاني - وهو المذهب - انهما يقران عليه ، لان كل نكاح أقرا عليه اذا أسلما أقرا عليه اذا لم يسلما كنكاح الكتابية ويخالف المسلم فإن الكافر انصر من المسلم لجاز له استدامة نكاح المجوسية والوثنية - وان لم يحز ذلك للمسلم - كما قلنا في العبد : يجوز له تزويج الأمة ولا يعتبر فيه خوف العنت ؛ وعدم الطول ، والله تعالى اعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) إذا أسلم الوثنيان قبل الدخول ثم اختلفا فقالت المرأة : أسلم أحدهما قبل صاحبه فأنفسخ النكاح ، وقال الزوج : بل أسلما معاً ، فالنكاح على حاله ، ففيه قولان .

(أحدهما) أن القول قول الزوج ، وهو اختيار المازني ، لأن الأصل بقاء النكاح (والثاني) أن القول قول المرأة ، لأن الظاهر معها ، فإن اجتماع إسلامهما حتى لا يسبق أحدهما الآخر متعذر .

قال في الأم : إذا أقام الزوج بيعة أنهما أسلما حين طلعت الشمس ، أو حين غربت الشمس ، لم ينفسخ النكاح لا اتفاق إسلامهما في وقت واحد ، وهو عند تكامل الطلوع أو الغروب ، فإن أقام البيعة أنهما أسلما حال طلوع الشمس أو حال غروبها أنفسخ نكاحهما ، لأن حال الطلوع والغروب من حين يبتدىء بالطلوع والغروب إلى أن يتكامل وذلك مجهول . وإن أسلم الوثنيان بعد الدخول واختلفا ، فقال الزوج : أسلمت قبل انقضاء عدتك فالنكاح باق . وقالت المرأة : بل أسلمت بعد انقضاء عدتي ، فلا نكاح بيننا ، فقد نص الشافعي رحمه الله تعالى على أن القول قول الزوج ، ونص في مستلثين على أن القول قول الزوجة ، أحدهما إذا قال الزوج للرجعية : راجعتك قبل انقضاء العدة ، فنحن على النكاح . وقالت الزوجة : بل راجعتني بعد انقضاء العدة : فالقول قول الزوجة . والثانية إذا ارتد الزوج بعد الدخول ثم أسلم . فقال : أسلمت قبل انقضاء العدة فالنكاح باق . وقالت المرأة : بل أسلمت بعد انقضاء العدة فالقول قول المرأة . فن أصحابنا من نقل جواب بعضها إلى بعض ، وجعل في المسائل كلها قولين .

(أحدهما) أن القول قول الزوج لأن الأصل بقاء النكاح .

(والثاني) أن القول قول الزوجة ، لأن الأصل عدم الإسلام والرجعة .

ومنهم من قال : هي على اختلاف حالين ، فالذي قال : إن القول قول الزوج إذا سبق بالدعوى ، والذي قال : القول قول الزوجة إذا سبق بالدعوى ، لأن قول كل واحد منهما مقبول فيما سبق إليه ، فلا يجوز إبطاله بقول غيره .

وممنهم من قال : هي على اختلاف حالين على وجه آخر : قالذي قال : القول قول الزوج ، أراد إذا اتفقا على - نفقة في زمان ما ادعاه لنفسه ، بأن قال أسلمت وراجعت في رمضان ، فقالت المرأة : صدقت ، لكن انقضت عدتي في شعبان ، فالقول قول الزوج باتفاقهما على الاسلام بالرجعة في رمضان ، واختلافهما في انقضاء العدة ، والذي قال : القول قول المرأة إذا اتفقا على صدقها في زمان ما ادعته لنفسها : بأن قالت : انقضت عدتي في شهر رمضان : فقال الزوج ليسكن راجعت أو أسلمت في شعبان ، فالقول قول المرأة لاتفاقهما على انقضاء العدة في رمضان ، واختلافهما في الرجعة والاسلام .

(الشرح) إذا أسلم الزوج بعد الدخول وتخلفت الزوجة فلا نفقة لها ، وإن أسلمت الزوجة ولم يسلم فعليه نفقتها ، فإن اختلفا فقالت الزوجة : أسلمت أنا وأنت أنت على الشرك فأنا استحق عليك النفقة ، وقال الزوج : بل أسلمت أنا ولم تسلم أنت فلا نفقة لك علي : ففيه وجهان .
(أحدهما) القول قول الزوج ، لانه قد ثبت استحقاقها للنفقة بالزوجية ، والا صل بقاؤها .

(والثاني) أن القول قول الزوج ، لان نفقة كل يوم يجب بيومه ، والاصل عدم الوجوب .

(مسألة) إذا أسلم الزوج قبل الزوجة وقبل الدخول وجب عليه نصف المسمى ان سمى لها مهرأ صحيحاً ، وإن سمى لها مهرأ باطلا ولم تقبضه في الشرك وجب لها نصف مهر المثل ، وإن أسلمت الزوجة قبله قبل الدخول لم يجب لها شيء . إذا ثبت هذا : فان اتفقا أنهما أسلما قبل الدخول وقالا : لا نعلم السابق منا بالاسلام انفسخ النكاح بينهما ، لأن الحال لا يختلف في انفساخ النكاح . وأما الصداق : فإن كان في يد الزوج لم تقبض منه الزوجه شيئاً ، لأنها إن كانت أسلمت أولاً فإنها لا تستحق منه شيئاً ، وإن أسلم الزوج أولاً فلها نصفه ، فإذا لم تعلم على أي وجه كان لم يتيقن استحقاقها بشيء من المهر ، وإن كان الصداق في يد الزوجة لم يكن للزوج أن يقبض منه الا النصف ، لأنه لا يتيقن أنه يستحق

إلا ذلك ، وإن اختلفا فقالت الزوجة أسلمت أنت أولاً فأنا استحق عليك نصف
الصداق ، وقال الزوج : بل أسلمت أنت أولاً فلا تستحقين على شيئاً ، قال قول
قول الزوجه مع يمينها ، لأننا تيقنا استحقاقها لنصف المهر ، والأصل بقاء ذلك
الاستحقاق ، وإن اختلفا في انفساخ النكاح ، فقالت الزوجة أسلم أحدنا قبل
صاحبه قبل الدخول فانفسخ النكاح . وقال الزوج بل أسلمنا معاً في حالة واحدة
ففيه قولان .

(أحدهما) القول قول الزوج مع يمينه — وهو اختيار المزني وأبي اسحاق
المروزي — لأن الأصل بقاء النكاح .

(والثاني) القول قول الزوجة مع يمينها ، لأن الظاهر معها لأن الظاهر أنه لا يتفق
اسلامهما في حالة واحدة إلا نادراً ، وإن قال الزوج : أسلم أحدنا قبل صاحبه .
وقالت الزوجة بل أسلمنا معاً في حالة واحدة فانه يحكم على الزوج بانفساخ النكاح
لأنه أقر بذلك . وأما المهر فيحتمل أن يكون على القواين كالأولية ، وإن أقام
الزوج البينة أنهما أسلما قبل الدخول حين طلعت الشمس أو حين زالت أو حين
غربت ، لم ينفسخ النكاح ، وإن قال الزوجان أسلمنا معاً مع طلوع الشمس أو
مع زوالها أو مع غروبها أو حال طلوعها أو حال زوالها أو حال غروبها لم يثبت
اسلامهما معاً فينفسخ ، والفرق بينهما أن حين طلوعها وحين زوالها وحين
غروبها هر حين تكامل الطلوع والزوال والغروب الى استكمالها ، فيجوز أن
يكون اسلام أحدهما قبل الآخر .

(فرع) وإن أسلمت الزوجة بعد الدخول ثم أسلم الزوج بعدها ثم اختلفا
فقال الزوج : أسلمت قبل انقضاء العدة ، وقالت الزوجة : بل أسلمت بعد
انقضاء العدة . قال الشافعي رحمه الله : قال قول قول الزوج . وقال الشافعي رحمه
الله : إذا طلق زوجته طليقة رجعية ثم راجعها فقال الزوج : راجعت قبل انقضاء
العدة . وقالت الزوجة : بل راجعت بعد انقضاء العدة ، قال قول قول الزوجة .
وقال : إذا ارتد الزوج بعد الدخول ثم أسلم فقالت الزوجة : أسلمت بعد انقضاء
العدة . وقال الزوج أسلمت قبل انقضاء العدة ، قال قول قول الزوجة ، واختلف
أصحابنا في هذه المسائل الثلاث على ثلاث طرق .

فمنهم من قال : فيها قولان . أحدهما : القول قول الزوج لأن الأصل بقاء الشكاح . والثاني : القول قول الزوجة ، لأن الأصل عدم الإسلام والرجعة . ومنهم من قال : هي على حالين ، فحيث قال : القول قول الزوجة إذا كانت هي السابقة بالدعوى ، لأن قول كل واحد منهما مقبول فيها أظهره وسبق إليه . ومنهم من قال : هي على حالين آخرين ، فحيث قال ، القول قول الزوج إذا اتفقا على وقت إسلامه أو رجوعه ، واختلفا في وقت انقضاء عدتها بأن قال . أسلمت أو راجعت في شعبان ، فقالت صدقت لكن انقضت عدتي في رجب ، وحيث قال القول قول الزوجة ، أراد إذا اتفقا على وقت انقضاء عدتها ، واختلفا في وقت إسلامه ورجوعه ، بأن قالت انقضت عدتي في شعبان فقال صدقت لكن أسلمت أو راجعت في رجب ، لأن الأصل بقاء العدة إلى شعبان وعدم الإسلام أو الرجعة في رجب .

(فرع) وان تزوج المكناني بالمكنا بيه صغيرة وأسلم أحد أبويها قبل الدخول انفسخ نكاحها ، لأنها صارت مسلمة تبعاً لمن أسلم من أبويها قبل الدخول فهو كما لو قال أسلمت بعد بلوغها وقبل الدخول ، وهل يجب لها من المهر شيء . قال ابن الحداد ، سقط جميع المهر ، لأن الفرقه وقعت بينهما قبل الدخول ، ولم يكن من الزوج صنع فيها فسقط المهر ، كما لو اشترت المرأة زوجها قبل الدخول ، فنصحنا من صوبة ، ومنهم من خطاه وقال . يجب لها المهر لأنها لم يكن من جهتها صنع في الفرقه ، فهو كما لو أرضعتها أم الزوج ، فإذا قلنا بهذا فإن الزوج لا يرجع على من أسلم من أبويها بشيء ؛ ويرجع على المرضعة ، والفرق بينهما أن الإسلام واجب فلم يكن فعله جناية ، وليس كذلك الارضاع فإنه ليس بواجب ، غير أنه إن وجدت هذه المرضعة الصغيرة عطشانة قد أشرفت على الموت ، ولم تجد أحداً يرضعها أو يسقيها لبناً ، ولم تتمكن من إحيائها إلا بالرضاع فإنه يجب عليها لارضاعها وإذا أرضعتها انفسخ النكاح ولم يجب عليها شيء للزوج ، هكذا ذكر القاضي أبو الطيب والله تعالى أعلم وهو الموفق للصواب .

قال المصنف رحمه الله :

كتاب الصداق

المستحب أن لا يصدق النكاح إلا بصداق لما روى سعد بن سهل رضي الله عنه
 أن امرأة قالت : قد وهبت نفسي لك يا رسول الله صلى الله عليك ، فرأيتك
 فقال رجل : زوجنيها ، قال : اطلب ولو خاتماً من حديد ، فذهب فلم يجيء بشيء .
 فقال النبي صلى الله عليه وسلم : هل معك من القرآن شيء ، فقال : نعم فزوجه
 بما معه من القرآن ، ولأن ذلك أقطع للخصومة ، ويجوز من غير صداق ، لقوله
 تعالى : لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ،
 فأثبت الطلاق مع عدم الفرض .

وروى عتبة بن عامر رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
 لرجل : إنني أزوجك فلانة ، قال : نعم قال للمرأة أن أرضين أن أزوجك فلانا ،
 قالت : نعم فزوج أحدهما من صاحبه ، فدخل عليها ولم يفرض لها به صداق ؛
 فلما حضرته الوفاة قال إن رسول الله صلى الله عليه وسلم زوجني فلانة ولم أفرض
 لها صداقاً ولم أعطاها شيئاً ، وإن قد أعطيتها عن صداقها سهمي بخير ، فأخذت
 سهمه فباعته بمائة ألف ، ولأن القصد بالنكاح الوصلة والاستمتاع دون الصداق
 فصح من غير صداق .

(فصل) ويجوز أن يكون الصداق قليلاً لقوله صلى الله عليه وسلم : اطلب
 ولو خاتماً من حديد ، ولأنه بدل منفعتها فكان تقدير العرض اليها كأجرة منافعتها
 ويجوز أن يكون كبيراً لقوله عز وجل : وآتيتهم إحداهن قنطاراً ، قال معاذ رضي
 الله عنه القنطار ألف ومائتا أوقية .

وقال أبو سعيد الخدري رضي الله عنه : ملء مسك ثور ذهباً . والمستحب
 أن يخفف لما روت عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : أعظم
 النساء بركة أيسرهن مؤنة ، ولأنه إذا كبر أجحف وأضر ودعى إلى المقت
 والمستحب أن لا يزيد على خمسمائة درهم ، لما روت عائشة رضي الله عنها قالت

كان صدق رسول الله صلى الله عليه وسلم لأزواجه اثنتي عشرة أوقية ونشأ
أبدرون ما النش ، نصف أوقية ، وذلك خمسمائة درهم ، والمستحب الاقتداء به
والتبرك بمتابعته ، فإن ذكر صدق في السر وصدق في العلانية فالواجب ما عقد
به العقد ، لأن الصدق يجب بالعقد فوجب ما عقد به ، وإن قال زرجتك ابنتي
بألف ؛ وقال الزوج قبلت نكاحها بخمسمائة ، وجب مهر المثل لأن الزوج لم يقبل
بألف والولي لم يوجب بخمسمائة فسقط الجميع ووجب مهر المثل .

(الشرح) خبر سهل بن سعد في التي وهبت نفسها أخرجه أحمد والبخاري
ومسلم وقد مضى ذكره في غير موضع ؛ وحديث عقبة بن عامر أخرجه أبو داود
والحاكم ، وقد استشهد به المحدثون لصحة حديث أخرجه أحمد وأبو داود
والترمذي وصححه والنسائي وابن ماجه والحاكم والبيهقي وابن حبان ، أن عبد الله
ابن مسعود أتى في امرأة زوجها رجل ثم مات عنها ولم يفرض لها صداقا ، ولم
يكن دخل بها ، فاختلفوا إليه فقال : أرى لها مثل مهر نساءها ولها الميراث وعليها
العدة ، فشهد معقل بن سنان الأشجعي أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في بروع
ابنة واشق بمثل ما قضى .

وقال الشافعي لا أحفظه من وجه يثبت مثله ولو ثبت حديث بروع لقلت به
وقال ابن حزم ، لا مغمز فيه لصحة إسناده ، وروى الحاكم في المستدرک عن
حرمة بن يحيى أنه قال . سمعت الشافعي يقول إن صح حديث بروع بنت واشق
قلت به . قال الحاكم ، قال شيخنا أبو عبيد الله لو حضرت الشافعي لقمعت على
رؤس الناس وقلت قد صح الحديث فقل به .

أما حديث عائشة رضي الله عنها باللفظ الذي ساقه المصنف رواه أحمد ورواه
الطبراني في الاوسط بلفظ : أخذت النساء صداقا أعظمهن بركة ، وفي إسناده
الحريث بن شبل ، وأخرجه الطبراني في الكبير والاولوسط بنحوه ، وأخرج نحوه
الحاكم وأبو داود عن عقبة بن عامر قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
: خير الصداق أبصره .

وأما حديث عائشة الثاني فقد أخرجه أحمد ومسلم وأبو داود والنسائي وابن ماجه والدارقطني عن أبي سلمة قال : سألت عائشة رضي الله عنها كم كان صداق رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قالت : كان صداقه لأزواجه اثنتي عشرة أوقية ونشأ ؛ قالت : أتدرى ما الذئب ، قلت : لا . قالت نصف أوقية ، فتلك خمسمائة درهم ، قوله دفر ، فعل أمر من رأى محذوف الوسط المهموز كحذف همزة الوسط في سأل فيقال : سل ، ولأنه معتل الآخر فهو مبني على حذف حرف العلة وبذلك حذفت الالف المهموزة والالف المقصورة فيكون فعل الامر (ر) راء مفتوحة فقط ،

والصداق فيه لغات أولها بفتح الصاد ، والثانية كسرهما ، والجمع صدق بضمين والثالثة لغة الحجاز ، صدقة بفتح الصاد وضم الدال وجمعها صدقات على لفظها وفي التزويل : وآتوا النساء صدقاتهن . ، والرابعة لغة تميم صدقه بضم الصاد وإسكان الدال والجمع صدقات مثل غرفه وغرفات في وجوهها ، والخامسة صدقه وجمعها صدق مثل قريه وقرى ، وأصدقتهما أعطيتهما صداقهما وأصدقتهما تزوجتهما على صداق وشيء صدق وزان فلس أى صلب .

(أما الأحكام) الصداق هو ما تستحقه المرأة بدلا في النكاح وله سبعة أسماء الصداق والنحلة والاجرة والفريضة والمهر والعليقة والعقد ، لان الله تعالى سماه الصداق والنحلة والفريضة ، وسماه النبي صلى الله عليه وسلم المهر والعليقة ، وسماه عمر بن الخطاب رضي الله عنه العقد ، قال تعالى : فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة ، وقال تعالى : وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة ، فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون ، الآية ، وقال صلى الله عليه وسلم : كان مسها فلها المهر بما استحل من فرجها ، وقال صلى الله عليه وسلم : أدوا العلائق ، قيل وما العلائق قال ما تراضى عليه الاهلون ، فان قيل لم سماه نحلة ، والنحلة العطية بغير عوض ، والمهر ليس بعطية وإنما هو عوض عن الاستمتاع ، ففيه ثلاثة تأويلات .

أحدها : أنه لم يرد بالنحلة العطية ، وإنما أراد بالنحلة من الإنخال وهو التدين

لأنه يقال : انتحل فلان مذهب كذا أى دان به ، فكأنه تبارك وتعالى قال : وآتوا النساء صدقاتهن نحلة ، أى تديناً .

(والثانى) أن المهر يشبه العطية لأنه يحصل للمرأة من اللذة فى الاستمتاع ما يحصل للزوج وأكثر ، لأنها أجاب شهوة ، والزوج ينفرد ببذل المهر ، فكأنها تأخذه بغير عوض .

(والثالث) أنه عطية من الله تعالى فى شرعنا للنساء ؛ لأن فى شرع من قبلنا كان المهر للأولياء ، ولهذا قال تعالى فى قصة شعيب : إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تاجرني ثمانى حجج ، الآية .

إذا ثبت هذا : فالمستحب أن يسمى الصداق فى العقد لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يتزوج أحداً من نسائه عليهن السلام ولا زوج أحداً من بناته عليهن السلام إلا بصداق سماه فى العقد ، وحديث المرأة التى جاءت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله قد وهبت نفسى منك فصعد النبي صلى الله عليه وسلم بصره ثم صوبه ثم قال مالى إلى النساء من حاجة ، فقام رجل فقال زوجنيها يا رسول الله ، فقال صلى الله عليه وسلم : ما تصدقها ، قال : إزارى ، قال : إن أصدقها إزارك جلست ولا إزار لك ، التمس ولو خاتماً من حديد ، فالتمس ولم يجد ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم أمعك شيء من القرآن ، قال نعم سورة كذا وسورة كذا ، فقال صلى الله عليه وسلم زوجتكها بما معك من القرآن . ولأنه إذا زوج به المهر كان أقطع للخصومة ، فإن عقد النكاح بغير صداق انعقد النكاح لقوله تعالى : لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومنعوهم على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ، الآية . فأثبت الطلاق من غير فرض ، والطلاق لا يقع إلا فى نكاح صحيح ، وخير الرجل الذى تزوج امرأة ولم يفرض لها صداقاً فلما حضرته الوفاة أعطاها عن صداقها سهمه بخير ، ولأن المقصود فى النكاح أعيان الزوجين دون المهر ، ولهذا يجب ذكر الزوجين فى العقد ، وإنما العوض فيه تبع بخلاف البيع ؛ فإن المقصود فيه العوض ، ولهذا لا يجب ذكر للبائع والمشتري فى العقد إذا وقع من وكيليهما .

(مسألة) وليس لأقل الصداق حد عندنا ، بل كل ما يتمول - وجاز أن يكون ثمناً لشيء أو أجرة - جاز أن يكون صداقاً ، وبه قال عمر رضي الله عنه وابن عباس وابن المسيب والحسن وربيعة والأوزاعي والثوري وأحمد وإسحاق رضي الله عنهم قال القاضي أبو القاسم الصيمري : ولا يصح أن يكون للصداق نواة أو قشرة بصله أو قمع باذنجان أو ليطاة أو حصاة . هذا مذهبنا .

وقال مالك وأبو حنيفة : أقل الصداق ما تقطع به يد السارق ، إلا أن ما تقطع به يد السارق عند مالك ربع دينار أو ثلاثة دراهم ، وعند أبي حنيفة دينار أو عدة دراهم ، فإن أصدقها دون العشرة دراهم .

قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد : كملت العشرة . وقال زفر يسقط المسمى ويجب مهر المثل ، وقال ابن شبرمة أقله خمسة دراهم ، وقال النخعي أقله أربعون درهماً . وقال سعيد بن جبير أقله خمسون درهماً .

دلينا قوله تعالى « فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون ، الآية » ، وقوله صلى الله عليه وسلم : أدوا العلائق ، ثم قال صلى الله عليه وسلم : والعلائق ما تراضوا عليه الأهلون . وقوله صلى الله عليه وسلم التمس شيئاً ، التمس ولو خاتماً من حديد ، وهذه عمومات تقع على القليل والكثير ، وروى أن عبد الرحمن بن عوف أتى النبي (ص) وعليه علامات الزوج وقال : تزوجت امرأة من الأنصار قال صلى الله عليه وسلم : ماسقت إليها ، قال : نواة من ذهب فقال صلى الله عليه وسلم أولم ولو بشاة . والنواة خمسة دراهم .

وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من استحل بدرهمين فقد استحل . ولأن كل ما جاز أن يكون ثمناً جاز أن يكون مهرأ كالمجمع عليه ، وأما أكثر الصداق فليس له حد : وهو إجماع لقوله تعالى « وآتيتم إحداهن قنطاراً ، الآية » فأخبر تعالى أن القنطار يجوز أن يكون صداقاً .

قال ابن عباس : القنطار سبعون ألف مثقال ، وقال أبو صالح : مائة رطل وقال معاذ ألف ومائتا أوقية . وقال أبو سعيد الخدري القنطار ملء مسك ثور ذهباً ، ومسك الثور جلده .

وروى عن عمر رضي الله عنه أنه خطب الناس وقال يا معاشر الناس لا تغالوا

في صدقات النساء ، فوالله لا يبلغني أحد زاد على مهر أزواج رسول الله (ص)
إلا جمعت الفضل في بيت المال ، فعرضت له امرأة من قريش ، فقالت كتاب الله
أولى أن يتبع ، إن الله يعطينا ويمنعنا ابن الخطاب ، فقال : أين ، قالت : قال الله
تعالى : وآتيتهم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً ، الآية . فقال : فليضع
الرجل ماله حيث شاء . وفي رواية : كل الناس أفقه من عمر ، فرجع عن ذلك ،
وروى أنه رضى الله عنه تزوج أم كلثوم بنت علي كرم الله وجهه وأصدقها
أربعين ألف درهم .

وروى أن عبد الله بن عمر زوج بنات أخيه عبيد الله على صداق عشرة آلاف
درهم ، وتزوج أنس رضى الله عنه امرأة وأصدقها عشرة آلاف درهم ، وتزوج
الحسن عليه السلام امرأة ربعت اليها مائة جارية ومع كل جارية ألف درهم ، ثم
طلقها وتزوجها رجل من بني تميم فأصدقها مائة ألف درهم ، وتزوج مصعب
ابن الزبير بمائشة بنت طلحة وأصدقها مائة ألف درهم .

قال الشافعي رضى الله عنه : والاقتصاد في المهر أحب إلى من المغالاة فيه
لما روت عائشة أم المؤمنين عليها السلام أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أعظم
النكاح ركة أخفه مؤنة . وروى ابن عباس رضى الله عنهما أن النبي (ص) قال
خيرهن أبسرهن مهراً . وروى سهل بن سنان أن النبي صلى الله عليه وسلم قال
أيمان رجل إصدق صداقاً ونوى أنه لا يؤديه لقي الله وهو زان ، وإيمان رجل أدا
ديناراً ونوى أن لا يؤديه لقي الله وهو سارق . والمستحب أن لا يزيد على خمسمائة
درهم ، وهو صداق أزواج النبي صلى الله عليه وسلم وبناته عليهن سلام الله
ورحمته لما روى عن عائشة قالت : كان صداق أزواج رسول الله (ص) اثنا عشر
أوقية ونشأ قالت والنش نصف أوقية ، والأوقية أربعون درهما .

(فرع) ولو تواءموا في السر على أن الصداق مائة ، وعلى أنهم يظهرون
للناس أنه ألف كما يشيع ذلك في زماننا هذا فقد قال الشافعي رضى الله عنه في
موضع : المهر مهر السر . وقال في موضع : المهر مهر العلانية . قال أصحابنا
البيهقيون ليست على قولين وإنما هي على حالين ، فالموضع الذي قال المهر مهر
السر ، أراد إذا عقدوا النكاح أولاً في العلانية بألف ثم عقدوا ثانياً في السر بمائة

ومن أصحابنا الخراسانيين من قال : في المهر قولان والاول هو المشهور ؛ فان قال الولي : زوجتك ابنتي بألف فقال الزوج : قبلت نكاحها بخمسمائة وجب لها مهر مثلها لان الإيجاب والقبول لم يتفقا على مهر واحد .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ويجوز أن يكون الصداق ديناً وعيناً وحالاً ومؤجلاً لانه عقد على المنفعة لحاز بما ذكرناه كالإجارة .

(فصل) ويجوز أن يكون منفعة كالخدمه وتعليم القرآن وغيرهما من المنافع المباحه لقوله عز وجل : إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تاجرني ثمانى حجج ، لجعل الرعى صداقاً وزوج النبي صلى الله عليه وسلم الواهبه من الذي خطبها بما معه من القرآن ، ولا يجوز أن يكون محرماً كالخمر وتعليم التوراة وتعليم القرآن للذميه ، لا تتعلمه للرغبه في الإسلام ، ولا ما فيه غرر كالمعدوم والمجهول ولا ما لم يتم ملكه عليه كالمبيع قبل القبض ، ولا ما لا يقدر على تسليمه كالعبد الأبق والطير الطائر ، لانه عوض في عقد فلا يجوز بما ذكرناه كالعوض في البيع والإجارة ، فإن تزوج على شيء من ذلك لم يبطل النكاح ، لان فسادة ليس بأكثر من عدمه ، فإذا صح النكاح مع عدمه صح مع فسادة ، ويجب مهر المثل لأنها لم ترض من غير بدل ، ولم يسلم لها البذل ، وتعذر رد المعوض فوجب رد بدله كما لو باع سلعه بمحرم وتلفت في يد المشتري .

(الشرح) يصح أن يكون الصداق ديناً وعيناً ، فإذا كان ديناً صح أن يكون حالاً ومؤجلاً ، فإن أطلق كان حالاً كما قلنا في الثمن ، ويصح أن يكون الصداق منفعة يصح عقد الإجارة عليها كمنفعة العبيد والبهائم والأرض والدور لانه عقد على المنفعة لحاز بما ذكرناه كالإجارة .

(فرع) ويصح أن تكون منفعة المهر صداقاً كالحياطة والبناء وتعليم القرآن وما أشبه ذلك لما يصح استئجاره عليه ، وبه قال مالك رحمه الله إلا أنه قال : يكره ذلك . وقال أبو حنيفة رحمه الله لا يصح .

دليلنا قوله تعالى ، إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثمانى حجج ، فذكر أن الرعى صداق في شرع من قبلنا ولم يعقبه بنكير ، وزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم المرأة التي وهبت نفسها من رسول الله (ص) للذي خطبها بما معه من القرآن ، تقديره على تعليم ما معه من القرآن ، لأن القرآن لا يجوز أن يكون صداقا ، ولأن كل منفعة جاز أن يستحق بعقد الاجارة جاز أن يستحق بعقد النكاح كمنفعة العبيد والارض

(فرع) وما لا يصح بيعه كالكلب والخنزير والسرجين والمجهول والمعدوم وما لم يتم ملكه عليه والمنافع التي لا يصح الاستئجار عليها لا يصح أن يكون شيء من ذلك صداقا لأنه عوض في عقد فلم يصح فيها ذكره ، كالبيع والاجارة إذا ثبت هذا فإن عقد النكاح لمهر باطل أو مجهول لم يبطل النكاح ، وبه قال أبو حنيفة وأكثر أهل العلم

وقال مالك رحمه الله لا يصح النكاح . وحكى المسعودي أنه قول الشافعي رحمه الله في القديم ، وليس بمشهور . دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم : لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل . ولم يفصل بين أن يكون المهر صحيحا أو فاسدا ولا أنه عقد نكاح فلم يبطل بفساد المهر كما لو تزوجها على دراهم مغصوبة ، فإن مالها وافقنا على هذا ، ولأن النكاح إذا انعقد مع عدم ذكر المهر فلأن ينعقد مع فساده أولى ، فإذا عقد النكاح بمهر باطل وجب لها مهر المثل أو المسمى

دليلنا أنها دخلت في العقد على أن يكون لها المسمى ، فإذا لم يسلم وتعد ذر رجوعها الى بضعها رجعت الى قيمته ، كما لو اشترى عبدا فأسدا وقبضه وتلف في يده . وإن تزوجها على شيء موصوف في ذمته ازمه تسليم ذلك على ما وصف .

وقال أبو حنيفة وأحمد : إن شاء سلم الموصوف بصفته وإن شاء دفع قيمته . وعن أبي حنيفة في الثوب صداقا روايتان : إحداهما كقولنا أنه يسلم الثوب الموصوف الذي في ذمته ، والثانية له دفع قيمته . دليلنا أن هذه تسمية صحيحة فلم يخير بين دفع المسمى وبين دفع قيمته كالمكيل والموزون

(فرع) إذا قالت المرأة لولائها : زوجني بلا مهر أو بأقل من مهر مثلها فنقل أصحابنا البغداديون أن النكاح صحيح في جميع هذه المسائل ولها مهر مثلها . وقال المسمودي : هل ينعقد النكاح في جميع هذه المسائل ؟ فيه قولان . قال ومن أصحابنا من قال لا ينعقد النكاح من الوكيل قولاً واحداً ، لأنه يزوج بالنيابة عن الولي والأصح الطريق الأول ، لأن النكاح لا يفسد عندنا بفساد المهر ، وهذا مذهبنا . وقال أبو حنيفة : إذا زوج ابنته الصغيرة بأقل من مهر مثلها - وكان ذلك المهر لا ينقص عن أقل المهر ، وهي عشرة دراهم صح المهر

دليلنا أن البنت إذا أذنت لعمها في العقد فزوجها بأقل من مهر مثلها بغير إذنهما استحققت مهر مثلها ، فكذلك الأب والجد ، ولأن الأب والجد لا يجوز أن يبيعا مال الصغيرة بأقل من ثمن مثله ، فكذلك لا يجوز لهما تزويجها بأقل من مهر مثلها .

وإن زوج الرجل ولبته بارض أو عرض أو بغير نقد البلد فهل يصح المهر ؟ لا أعلم فيه نصاً ، بمعنى أنها في مصر وأصدقها بالدولار أو بالسترليني أو بالدينار العراقي أو بالليرة السورية أو بريال تريزة أو بالجنيه السعودي ، فالذي يقتضيه القياس إن كان الولي أباً أو جداً ، أو كانت المنكوحة صغيرة أو مجنونة صح المهر إذا كان قيمة ذلك مثل مهر مثلها ، كما يجوز أن يبتاع لها ذلك بمالها . وإن كان الولي غيرهما من العصبات ، أو كان الولي أباً أو جداً والمنكوحة بالغة عاقلة لم يصح ذلك المهر إلا أن كان بإذنهما ونطقها لانه لا ولاية له على مالها ، وإنما ولايته على عقد نكاحها بنقد البلد .

وإن كانت المنكوحة مجنونة وكان وليها الحاكم ، ورأى أن يزوجه بشيء من العروض - وقيمتها قدر مهر مثلها - صح ذلك لأنه يجوز له التصرف بمالها . (مسأله) إذا تزوجه وأصدقها تعليم القرآن مدة معلومة صح ذلك إذا كانت المدة منصلة بالعقد ، وتطالبه بالتعليم في تلك المدة على حسب عادة التعليم . ولما أن تطالبه بتعليم ما شامت من القرآن ، وإن كان الصداق تعليم شيء القرآن فيشترط أن يذكر السورة التي يعلمها

فان أصدقها تعليم عشرين من سورة كذا ولم تبين الا عشر - ففيه وجهان
(أحدهما) يصح لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم
قال للرجل الذي خطب الواهبة دما معك من القرآن ؟ قال سورة البقرة والتي
تليها ، فقال صلى الله عليه وسلم : زوجتك بما معك على أن تعلمها عشرين
آية ، ولم يفصل .

(والثاني) لا يصح ، لأن الاشرار يختلف

وأما الخبر فأنما نقل الراوى جواز تعليم القرآن في الصداق ولم ينقل غير
الصداق ، ولا يجوز في صفة الرسول صلى الله عليه وسلم أن يعقد الصداق على
مجهول . وهل من شرطه أن يبين الحرف الذى يعلمها كحرف نافع وابن كثير
وغيرهما . فيه وجهان مضى بيانهما في الاجارة

فان أصدقها تعليم سورة وهو لا يحفظها - فان كان على أن يحصل لها تعليمها
صح ذلك - ويستأجر محرما لها أو امرأة تعلمها أو يتعلمها هو بنفسه ثم يعلمها
وان كان على أن يعلمها هو بنفسه ففيه وجهان

(أحدهما) يصح كما لو أصدقها ألف درهم في ذمته ولا يملك شيئا

(والثاني) لا يصح ، كما لو أصدقها خدمة عبد لا يملكه ، وإن أصدقها تعليم
سورة فأتت بامرأة غيرها لتعلمها مكانها فهل يلزمه تعليمها . فيه وجهان - ان
(أحدهما) يلزمه كما لو اكرت منه دابة فتركبها الى بلد فأرادت أن تركبها مثام
(والثاني) لا يلزمه ، لأن له غرضا في تعليمها لأنه أطيب له لأنه يلزمه بكلام
غيرها ، ولأنه أصدقها إيفاع منفعة في عين فلا يلزمه إيقاعها في غيرها ، كما لو
أصدقها خياطه ثوب بعينه فأتت بثوب غيره ليخيطه فلا يلزمه ذلك ، وان لفنها
فحفظت ثم نسيت ؛ قال الشيخ أبو حامد فينظر فيها ، فان علمها دون آية فنسيتها
لم يعتد له بذلك ، وكم القدر الذى اذا علمها اياه خرج من عمدة التعليم ،
فيه وجهان (أحدهما) أقله آية ، لأنه يطلق عليه اسم التعليم ، فعلى هذا اذا علمها
آية فنسيتها لم يلزمه تعليمها اياها ثانيا (والثاني) أقله سورة ، لأن ما دونها ليس
بتعليم في العادة . وذكر ابن الصباغ أنه اذا علمها ثلاث آيات سقط عنه عمدة
التعليم وجهها واحدا ، وهل يسقط عنه تعليم آية أو آيتين . فيه وجهان

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) فان تزوج كافر بكافرة على محرم كالخمر والخنزير ثم أسلما أو تحاكما
الينا قبل الإسلام نظرت فان كان قبل القبض سقط المسمى ووجب مهر المثل لأنه
لا يمكن إجباره على تسليم المحرم ، وإن كان بعد القبض برئت ذمته منه كما لو
تبايعا بيعا فاسداً وتقابضا ، وإن قبض البعض برئت ذمته من المقبوض ووجب
بقدر ما بقي من مهر المثل ، فإن كان الصداق عشرة أزقاق خر فقبضت منها خمسة
ففيه وجهان .

(أحدهما) يعتبر بالعدد فيبرأ من النصف ويجب لها نصف مهر المثل ، لأنه
لا قيمة لها فكان الجميع واحداً فيها فسقط نصف الصداق ، ويجب نصف مهر المثل
(والثاني) يعتبر بالكيل لأنه أحصر ، وإن أصدقها عشرة من الخنازير
وقبضت منها خمسة ففيه وجهان .

أحدهما : يعتبر بالعدد فتبرأ من النصف ويجب لها نصف مهر المثل : لأنه
لا قيمة لها فكان الجميع واحداً .

والثاني : يعتبر بما له قيمة وهو الغنم فيقال : لو كانت غنما كم كانت قيمة ما قبض
منها فيبرأ منه بقدره ، ويجب بحصة ما بقي من مهر المثل ، لأنه لما لم تكن له قيمة
اعتبر بما له قيمة ، كما يعتبر الحر بالعبد فيما ليس له أرض مقدر من الجنائيات ،

(فصل) وإن أعتق رجل أمته على أن تتزوج به ويكون عتقها صداقها
وقبلت لم يلزمها أن تتزوج به لأنه سلف في عقد فلم يلزم كما لو قال لامرأة خذي
هذا الألف على أن تتزوجي بي وتعتق الأمة لأنه اعتقها على شرط باطل فسقط
الشرط وثبت العتق كما لو قال لعبد أن ضمن لي خمرا فأنت حر فضمن ويرجع
عليها بقيمتها لأنه لم يرض في عتقها إلا بعوض ولم يسلم له وتعذر الرجوع اليها
فوجب بقيمتها كما لو باع عبداً بعوض محرم وتلف العبد في يد المشتري ، وإن
تزوجها بعد العتق على قيمتها وهما لا يعلمان قدرها فالمهر فاسد .

وقال أبو علي بن خيران : يصح كما لو تزوجها على عبد لا يعلمان قيمته وهذا
خطأ لأن المهر هناك هو العبد وهو معلوم والمهر ههنا هو القيمة وهي مجهولة

فلم يجوز وان أراد حيلة يقع بها العتق وتزوج به فففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبي علي بن خيران أنه يمكنه ذلك بأن يقول ان كان في معلوم الله تعالى إني إذا أعتقتك تزوجت بي فانت حرة فإذا تزوجت به علمنا أنه قد وجد شرط العتق وإن لم يتزوج به علمنا أنه لم يوجد شرط العتق (والثاني) وهو قول أكثر أصحابنا أنه لا يصح ذلك ولا يقع العتق ولا يصح النكاح لأنه حال ما تزوج به نشك أنها حرة أو أمة والنكاح مع الشك لا يصح فإذا لم يصح النكاح لم تعتق لأنه لم يوجد شرط العتق ، وإن أعتقت امرأة عبداً على أن يتزوج بها وقبل العبد عتق ولا يلزمه أن يتزوج بها لما ذكرناه في الأمانة ولا يلزمه قيمته لأن النكاح حق للعبد فيصير كماله أعتقه بشرط أن تعطيه مع العتق شيئاً آخر ويخالف الأمانة فإن نكاحها حق للدولى فإذا لم يسلم له رجع عليها بقيمتها . وإن قال رجل لا أعتق عبدك عن نفسك على أن أزوجه ابنتي فأعتقه لم يلزمه التزويج لما ذكرناه ، وهل يلزمه قيمة العبد فيه وجهان بناء على القولين فيمن قال لغيره أعتق عبدك عن نفسك وعلى ألف فأعتقه ، أحدهما يلزمه كماله قال أعتق عبدك عني ألف ، والثاني لا يلزمه لأنه بذل العوض على ما لا منفعة له فيه .

(الشرح) إذا ترافع ذميان إلى حاكم المسلمين ليحكم بينهما في ابتداء العقد لم يحكم به بين المسلمين ، فإن كانت المنكوحة بكراً أجبرها الأب والجد ، وإن كانت ثيباً لم يصح تزويجها إلا بإذنها ، وإن عضلها الولي زوجها حاكم المسلمين لأنه يلي عليها بالحكم ، وإن تحاكما في استدامته فإنه لا اعتبار بانعقاده على أى وجه كان ، ولا يمكن ينظر فيهما ، فإن كانت ممن لا يجوز له ابتداء نكاحها في هذه الحال فرق بينهما ، فإن كانت ممن يجوز له ابتداء نكاحها أقرهما على نكاحها وإن كان قد عقد لها بولي غير مرشد أو بغير شهود لأنه عقد مضى في الشرك ، فلا يجوز تنبعه ومراعاته ؛ لأن في ذلك إلحاق مشقة ، وتنفيراً لهم عن الدخول في الطاعة ، وفي هذا المعنى نزل قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقى من الربا ، فأمر بترك ما بقى في أيديهم من الربا وعنى عما قبض في الشرك ،

وإن تحاكى في الصداق أو أسدا وتحاكى ، فإن كان قد أصدقها صداقاً صحيحاً حكم بصحته ، وإن أصدقها صداقاً فاسداً كالخنزير والخنزير ، فإن كانت قد قبضت جميعه في الشرك ، فقد سقط عنه جميعه وبرئت ذمته من الصداق ، لأن ما قبض في الشرك لا يجوز نقضه لما ذكرناه من الآية ، ولقوله تعالى « قل للذين كفروا إن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف » الآية

وإن كانت لم تقبض شيئاً حكم الحاكم بفساد المسمى ، وأوجب لها مهر مثلها من نقد البلد . وقال أبو حنيفة : لا يحكم لها إلا بما سمى لها . دليلنا أنه لا يمكن أن يحكم عليها بتسليم المسمى لفساده لحكم لها بمهر صحيح . وإن قبضت بعضه في حال الشرك وبقي البعض سقط من المهر بقسط ما قبضته من المسمى ، ووجب لها مهر المثل بقسط ما قبضته من المسمى ، لأنها لو قبضت الجميع لم يحكم لها بشيء ، ولو لم تقبض شيئاً لحكم لها بمهر مثلها ، فإذا قبضت البعض وبقي البعض فيقسط مهر المثل على المقبوض وعلى ما لم تقبض

إذا ثبت هذا فإن كان أصدقها عشرة أزقاق خمر فقبضت منها بعضها - فإن كانت متساوية لا يفضل بعضها على بعض - قسم المهر على أعدادها ، فإن قبضت خمسة سقط عنه نصف المهر ووجب لها نصف مهر مثلها ، وإن كانت مختلفة ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبي إسحاق أن المهر يقسط على أعدادها ، لأنه لا قيمة للخمر ، فاستوى الصغير والكبير

(والثاني) يقسط على كيلها . قال ابن الصباغ : وهو الأقبر ، لأنه لا يمكن اعتبار كيلها ، وإن أصدقها عشرة خنازير أو عشرة كلاب وقبضت خمسة ففيه ثلاثة أوجه . قال أبو إسحاق يعتبر بالعدد ، سواء في ذلك الصغير والكبير فيسقط نصف المهر ويجب لها نصف مهر مثلها ، لأن الجميع لا قيمة له ، فكان الجميع واحداً (والثاني) يعتبر التفاوت فيها ، فيضم صغيران ويجعلان بإزاء كبير أو صغير ويجعلان بإزاء وسطين ، ويقسط المهر على ذلك

(والثالث) وهو قول أبي العباس بن مريج - أنه يقال : لو كانت هذه الخنازير أو الكلاب مما يجوز بيعها كم كانت قيمتها فيقسط المهر على ذلك ، لأنه لا يمكن اعتبارها بأنفسها ؛ فاعتبرت بغيرها كما قلنا في الجناية على الحر التي لا أرض لها

فقدر أنها تعتبر بالجناية على العبد ، قال القاضي أبو الطيب والشيخ أبو إسحاق :
فلى هذا تقدر لو كانت غنما ، لأنها أقرب اليها .

قال ابن الصباغ : وهذا ليس بصحيح لأن الغنم ليست من جنس الخنازير
والكلاب ، فتعتبر بها بخلاف الحر والعبد ، وينبغي على هذا أن تقوم بما يتبايعونها
بينهم ليقدر ذلك ، لأن لها قيمة في الشرع كما يقدر أن لو جاز بيعها

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويثبت في الصداق خيار الرد بالعيب ، لأن إطلاق المقدم يقتضي
السلامة من العيب ، فثبت فيه خيار الرد كما هو مقرر في البيع ، ولا يثبت فيه خيار
الشرط ولا خيار المجلس ، لأنه أحد عوضى النكاح فلم يثبت فيه خيار الشرط
وخيار المجلس كالبيع ، ولأن خيار الشرط وخيار المجلس جعلاً لدفع الغبن ،
والصداق لم يبن على المغابنة ، فإن شرط فيه خيار الشرط فقد قال الشافعي رحمه
الله : يبطل النكاح ، فن أصحابنا من جعله قولاً لأنه أحد عوضى النكاح فبطل
النكاح بشرط الخيار فيه كالبيع . ومنهم من قال لا يبطل وهو الصحيح ، كما لا يبطل
إذا جعل المهر خمرأ أو خنزيراً ، وما قال الشافعي رحمه الله محمول على ما إذا
شرط في المهر والنكاح ، ويجب مهر المثل لأن شرط الخيار لا يكون إلا بزيادة
جزء أو نقصان جزء ، فإذا سقط الشرط وجب إسقاط ما في مقابلته ، فيصير
الباقى محمولاً فوجب مهر المثل

وان تزوجها بألف على أن لا يتسرى عليها أو لا يتزوج عليها بطل الصداق
لأنه شرط باطل أضيف إلى الصداق فأبطله ، ويجب مهر المثل لما ذكرناه
في شرط الخيار .

(الشرح) قال الشافعي رضي الله عنه : إذا كان النكاح بألف على أن لا يبيها
ألفاً فالمهر فاسد ، وجعله ذلك أنه إذا تزوج امرأة بألف على أن لا يبيها أو لعمها
ألفاً أخرى فالنكاح صحيح والمهر فاسد ولها مهر مثلاً . وإنما صح النكاح لأنه
لا تفتقر صحته إلى صحة المهر ، وإنما فسد المهر لأن قوله على أن لا يبيها ألفاً
أن أراد أن ذلك جميع الألفين صدقاً لها فالصداق لا تستحقه غير الزوجة ،

فإذا فسد الشرط سقط المهر وقد نقصت المرأة من صداقها جبراً لأجل الشرط وإذا سقط الشرط وجب أن يرد إلى المهر الجزء الذي نقصته لأجل الشرط ، وذلك مجهول ، والمجهول إذا أضيف إلى معلوم صار الجميع مجهولاً ، ولو أصدقها صداقاً مجهولاً لم يصح ووجب لها مهر مثلها بالغاً ما بالغ .

وقال الشافعي في القديم : إذا تزوجها على ألف على أن لا يبيها ألفاً ولا مهر ألفاً صح النكاح واستحققت الثلاثة آلاف ، وبه قال مالك . قال أبو علي بن أبي هريرة فيجىء على هذا أن الآلاف في الأول للزوجة وهذا يخالف لما نقله المزني ، وذكره الشافعي في الأم في التي قبلها ، والأول أصح لأنه إنما أصدقها ألفاً لا غير ، وما شرطه وأمهالاً يستحقانه ولا تستحقه الزوجة لما قدمناه في التي قبلها .

إذا ثبت هذا فذكر المزني بعد الأول ، ولو نكح امرأة على ألف وعلى أن يعطى أباه ألفاً كان جائزاً ولها منه وأخذها منه لأنها هبة لم تقبض أو وكالة . قال أصحابنا : أخطأ المزني في النقل ، لا فرق بين هذه والأولة ، ويكون المهر فاسداً ، وإنما نقل المزني جواب مسألة ثالثه ، ذكرها الشافعي رضى الله عنه في الأم ، وهو إذا تزوجها بالآلفين على أن تعطى أباه ألفاً فيكون المهر جائزاً لأنها قد ملكت الآلفين بالعقد وما شرطه عليها من دفعها لآبيها ألفاً لا يارزها لأنه إن كان هبة منها فلا يلزم عليها قبل القبض أو على سبيل الوكالة منها لآبيها بالقبض ، وذلك لا يلزم عليها ، وإذا لم يلزمها سقط ولا يؤثر ذلك في المهر ، لأن المرأة لم ينقص من مهرها شيء . لأجل هذا الشرط ولا الزوج زاد في مهرها لكي تعطى أباه ، لأنه لا منفعة له في ذلك .

قال الشيخ أبو حامد : وكذلك إذا أصدقها ألفين على أن يعطى الزوج منها ألفاً لآبيها لم يؤثر ذلك ؛ لأن ذلك هبة منها أو توكيل في قبضها والتصرف لها لاحق للزوج في ذلك .

قال الشيخ أبو حامد : ومعنى هذا عندي أنه لم يرد به الشرط ، وإنما أراد به أنه تزوجها على ألفين على أن لها أن تعطى أباه ألفاً ويعطى هو أباه ألفاً بالحكم ما ذكرنا ، فأما إذا أخرج ذلك مخرج الشرط فينبغي أن يفسد المهر ، لأنه لم يملكها المهر ملكاً تاماً فيبطل . وقد حكى الصيمري هذا عن بعض أصحابنا .

ثم قال الصيمري : هو قياس التحقيق لو كان من عقود المعاوضات وما الغرض فيه العتق . فاما ما هو خلاف ذلك فلا

(فرع) إذا تزوج امرأة بألف على أن يطأها ليلا ونهاراً ، أو على أن ينفق عليها ويكسوها ويسافر بها على أن لا تخرج من بيته إلا بإذنه صح ذلك ولم يؤثر في الصداق ، لأن ذلك من مقتضى العقد ، وإن شرط على أن له أن يتزوج عليها أو يتسرى صح ولم يؤثر لأنه لا يتنافى مقتضاه

وإن تزوجها بمائة على أن لا يتزوج أو لا يتسرى عليها ، أو على أن لا يسافر بها أو على أن لا يكلم أباه وأمه أو على أن لا يكسوها ولا ينفق عليها أو على أن لها أن تخرج من بيتها متى شئت فالتكاح صحيح والشرط والمهر فاسدان ، وبه قال مالك وأبو حنيفة .

وقال أحمد : الشرط صحيح ومتى لم يف لها به ثبت لها الخيار في فسخ النكاح وروى ذلك عن عمر رضي الله عنه ومعاوية وعمر بن عبد العزيز وشريح وأبي الشعثاء رضي الله عنهم . دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم : كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ، وهذا الشرط ليس في كتاب الله ، ويجب لها مهر مثلها ؛ لأنها تركت لأجل الشرط جزءاً من المهر ، فإذا سقط الشرط وجب رد الجزء وهو مجهول ، وإذا صار الصداق مجهولاً وجب لها مهر مثلها .

وقال أبو علي بن خيران : يجب لها أقل الأمرين من المسمى أو مهر المثل والمذهب الأول ، لأن المسمى قد سقط اعتباره ، وإنما الاعتبار بمهر المثل ، وإن تزوجها على ألف - أن لم يخرجها من بلدها وعلى ألفين إن أخرجها فالمهر فاسد ويجب لها مهر مثلها .

وقال أبو حنيفة : إن وفي لها بالشرط الأول كان لها الألف وإن لم يف لها كان لها مهر مثلها . وقال أبو يوسف ومحمد : الشرطان جائزان . دليلنا أنه دخل في العقد على التخيير بين عوضين فكان العوض فاسداً كما لو قال : بعثك بألف نقداً وبألفين نسيئة .

(فرع) إذا اشترطت المرأة على الزوج حال العقد أن لا يطأها أو على أن يطأها في الليل دون النهار ، أو على أن لا يدخل عليها سنة بطل النكاح لأن ذلك

شرط ينافي مقتضى العقد وان شرط الزوج ذلك عليها في العقد لم يبطل النكاح لأن ذلك حق له يجوز له تركه فلم يؤثر شرطه ولا يلزمه الوفاء بالشرط لقوله صلى الله عليه وسلم: كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل . وليس هذا في كتاب الله فكان باطلا .

(فرع) إذا تزوج امرأة بمهر وشرط خيار المجاس أو خيار الثلاث في عقد النكاح فسد النكاح ، لأن النكاح لا يقع إلا لازما ، فإذا شرط فيه الخيار نافي ذلك مقتضاه فأبطله . وإن شرط الخيار في الصداق فقد قال الشافعي رضي الله عنه في المختصر : كان المهر فاسدا . وظاهر هذا أن النكاح صحيح . وقال في الإملاء ان المهر والنكاح باطلان . واختاف أصحابنا فيها فمنهم من قال هي على حالين ، فحيث قال يبطلان أراد اذا شرط الخيار في النكاح والمهر أو في النكاح وحده . وحيث قال لا يبطل النكاح أراد اذا شرط الخيار في المهر وحده ، فهل يصح النكاح . فيه قولان

(أحدهما) لا يصح لأنه أحد عوض النكاح فيبطل النكاح بشرط الخيار فيه كما لو شرطه في البضع (والثاني) يصح النكاح وهو الصحيح لأنه لو جعل الصداق خيرا أو خنزيرا لم يبطل النكاح ، فلأن لا يفسد اذا شرط الخيار في المهر أولى ، فإذا قلنا بهذا ففي المهر والخيار ثلاثة أوجه حكاهما الشيخ أبو حامد (أحدهما) أن المهر والخيار صحيحان ، لأن المهر كالنكاح في البيع ، فلما ثبت جواز الخيار في الثمن ثبت جوازه في المهر (والثاني) أن المهر صحيح والخيار باطل ، لأن المقصود هو الصداق والخيار تابع ، فثبت المقصود وبطل التتابع (والثالث) أن المهر والخيار باطلان - وهو المنصوص في الام - لأن الخيار لما لم يثبت في العوض وهو البضع لم يثبت في المعوض ، وإذا سقط الخيار فقد ترك لأجله جزء من المهر فيجب رده وذلك مجهول . وإذا كان المهر مجهولا وجب مهر المثل . قال الشيخ أبو حامد : الوجهان الاولان لا يساويان استمأهما

(فرع) ويثبت في الصداق خيار الرد بالعيب الفاحش واليسير وما بعد عيباً في مثله . وقال أبو حنيفة ومحمد وأبو يوسف : يرد بالفاحش دون اليسير . دليلنا أن إطلاق العقد يقتضي سلامة المهر من العيب ، فإذا رد بالفاحش رد باليسير كما يبيع

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وتملك المرأة المسمى بالعقد ان كان صحيحاً ، ومهر المثل إر كان فاسداً ؛ لأنه عقد يملك المعوض فيه بالعقد فملك العوض فيه بالعرف كالبيع ، وان كانت المنكوحة صغيرة أو غير رشيدة سلم المهر إلى من ينظر في مالها ، وان كانت بالغة رشيدة وجب تسليمه اليها ، ومن أصحابنا من خرج في البكر البالغة قولاً آخر أنه يجوز أن يدفع اليها أو إلى أبيها وجدها ، لأنه يجوز إجبارها على الكاح لجواز لولي قبض صداقها بغير إذنها كالصغيرة ، فان قال الزوج لا أسلم الصداق حتى تسلم نفسها ، فقالت المرأة : لا أسلم نفسي حتى أقبض الصداق فقيه قولان .

(أحدهما) لا يجبر واحد منهما بل يقال : من سلم منكماً أجبرنا الآخر .
(والثاني) يؤمر الزوج بتسليم الصداق إلى عدل وتؤمر المرأة بتسليم نفسها فإذا سلمت نفسها أمر العدل بدفع الصداق اليها كالقولين فيمن باع سلعته بثمن معين ، وقد بينا وجه القولين في البيوع ؛ فان قلنا : بالقول الأول لم تجب لها النفقة في حال امتناعها ، لأنها ممتنعة بغير حق ، وان قلنا بالقول الثاني وجبت لها النفقة لأنها ممتنعة بحق وان تبرعت وسلمت نفسها ووطئها الزوج أجبر على دفع الصداق وسقط حقها من الامتناع ، لان بالوطء استقر لها جميع البدل فسقط حق المنع كالبائع إذا سلم المبيع قبل قبض الثمن .

(الشرح) الاحكام : تملك المرأة جميع المهر المسمى لها بنفس العقد إن كان ماسماً صحيحاً ، وان كان باطلاً ملكت مهر المثل ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد رضي الله عنه وقال مالك رضي الله عنه : تملك نصف المسمى بالعقد والنصف الباقي أمانة في يدها للزوج فإن دخل بها استقر ملكها على الجميع .

دلينا قوله تعالى : وآتوا النساء صدقاتهن نحلة ، فلو لا أنهن مملكتن لما أمر بتسليمه اليهن ، ولأنه عوض عن مقابلة معوض فملك في الوقت التي تملك به المعوض كالأثمان في البيع ، وان كانت المنكوحة صغيرة أو كبيرة . مجنونة أو سفيهة فلا بد أن يقبض صداقها لان له ولاية على مالها ، وإن كانت بالغة

عاقلة رشيدة سلم المهر اليها أو إلى وكيلها ، وليس لوليها قبضه بغير إذنها . ومن أصحابنا من قال : إذا قلنا ان الذي بيده عقدة النكاح هو الأب والجد جاز له أن يقبض المهر بغير إذنها لانه إذا جاز له العفو عنه فلأن يجوز له قبضه أولى ، والاول أصح ، لانه إنما يجوز له العفو على هذا القول عن مهر الصغيرة أو المجنونة فأما الكبيرة العاقلة فليس له العفو عن مهرها بخلاف ، هذا مذهبنا . وقال أبو حنيفة ان كانت المنكوحه ثيبا لم يكن له قبض صداقها بغير إذنها ، وان كانت بكرأ فله قبض صداقها بغير إذنها الا أن تنهيه عن قبضه . دليلنا أنها بالغة رشيدة فلم يكن له قبض صداقها بغير إذنها كالبنات .

(فرع) اذا كان الصداق حالا فطالبت الزوجة بتسليمه فقال الزوج : لا ، وطلب امهاله الى أن يجمعه ، وطالب بتسليم الزوجة اليه لم تجبر الزوجة على تسليم نفسها اليه الى أن يجمع صداقها ويسلمه اليها لان المهر في مقابلة البضع وعوض عنه ، فإذا امتنع الزوج من تسليم العوض لم تجبر المرأة على تسليم المعوض كما لا يجبر البائع على تسليم المبيع اذا امتنع المشتري من تسليم الثمن ، وان قال الزوج لا أسلم الصداق حتى تسلم نفسها . وقالت الزوجة لا أسلم نفسي حتى يسلم الى الصداق فقد ذكر المصنف فيمن اشترى سلعة بثمن في ذمته ، فقال البائع لا أسلم السلعة حتى أقبض الثمن ، وقال المشتري لا أسلم الثمن حتى أقبض السلعة ثلاثة اقوال مشهورة أتى عليها الامام تقي الدين السبكي في شرح المذهب في شروعه في تكملة المجموع .

(أحدهما) لا يجبر واحد منهما على التسليم ، بل أيهما تطوع بالتسليم أجبر الآخر .

(والثاني) أنهما يجبران معا ؛ فيجبر البائع على تسليم السلعة الى عدل ، يجبر المشتري على تسليم الثمن الى عدل ، ثم يسلم السلعة الى المشتري والثمن الى البائع ، وبأيهما بدأ جاز .

(والثالث) أن البائع يجبر على تسليم السلعة الى المشتري ثم يجبر المشتري على تسليم الثمن الى البائع . وأما الصداق فلا يجزئ فيه الا القولان الأولان . (أحدهما) لا يجبر واحد منهما على التسليم بل يقال لهما : أيكما تطوع بالتسليم

أجبر الآخر على التسليم (والثاني) يجبر الزوج على تسليم الصداق الى عدل ، فإذا حصل الصداق في يد عدل أجبرت الزوجة على تسليم نفسها الى الزوج ، ولا يجيء في هذا القول أن تسلّم المرأة نفسها الى عدل كما قلنا في البائع ، لأن معنى قولنا : تسلّم نفسها بمعنى به يطؤها الزوج ؛ وهذا لا يحصل بتسليمها نفسها الى العدل ، ويسقط ههنا القول الثالث في البيع وهو قولنا : يجبر البائع على تسليم السلعة أولا الى المشتري لانا اذا أجبرنا البائع على هذا التسليم تسلّم السلعة وأخذ الثمن من المشتري ان كان حاضرا ، وان كان غائبا حججنا على المشتري في السلعة في جميع أمواله الى أن يسلم الثمن ، والزوجه ههنا بمعنى البائع ، ولو أجبرناها على تسليم نفسها وهو تمكينها الزوج من وطئها ربما أتلّف ماله بعد وطئها أو أفلس ، وقد أتلّف بضعها لانه لا يتأتى فيه ما ذكرناه في السلعة ، هذا نقل أصحابنا البغداديين .

وقال المسعودي : بل في الصداق ثلاثة أقوال أيضا (أحدها) لا يجبران (والثاني) يجبران بأن يوضع الصداق على يد عدل ؛ وتجبر المرأة على التمكين . (والثالث) يجبر الزوج ، والاول هو المشهور . فاذا قلنا لا يجبران لم يجب لها نفقة في حال امتناعها ، لأن الزوج لا يختص بالامتناع . وان قلنا يجبر الزوج أولا فلها النفقة في حال امتناعها قبل تسليم الزوج المهر ، لان المنع من جهته وان تبرعت المرأة وسلمت نفسها اليه ووطئها الزوج لم يكن لها أن تمتنع بعد ذلك حتى تقبض صداقها .

دليلنا أن التسليم الاول تسليم استقر به المسمى برضاها فلم يكن لها الامتناع بعد ذلك ، كما لو سلم البائع سلعة قبل قبض الثمن ثم أراد أخذها ، وان أكرهها الزوج فوطئها فهل لها أن تمتنع بعد ذلك الى ان تقبض المهر ؟ فيه وجهان حكاهما في الابانه .

(احدهما) لها ان تمتنع كما لو قبض المشتري العين المبيعة واكره البائع على ذلك قبل قبض الثمن .

(والثاني) ليس لها ان تمتنع لأن المهر قد تقرر بذلك والبائع اذا استرد

المبيع ارتفع التقرير ، وإن كان الصداق مؤجلاً فطلب الزوج تسليمه إليه قبل حلول الاجل لم يكن لها أن تمتنع ، فإن امتنعت أجبرت لأنها رضيت بتأخير حقها إلى الاجل فلم يكن لها الامتناع من التسليم كما لو باع سلعة بثمن مؤجل فليس له الامتناع من تسليمها قبل حلول الاجل ؛ فإن تأخر تسليمها لنفسها حتى حل الاجل فهل لها الامتناع من تسليمها إلى أن تقبض الصداق ؟ فيه وجهان . قال الشيخ أبو حامد : ليس لها أن تمتنع لأن التسليم مستحق عليها قبل المحل فلم يسقط ما وجب عليها بحلول دينها .

وقال القاضي أبو الطيب : لها أن تمتنع ، وقد ذكر المزن في المنشور أنه إذا باع سلعة بثمن مؤجل فلم يقبض السلعة حتى حل الاجل فإن للبائع الامتناع من تسليم السلعة حتى يقبض الثمن ، ووجهه أن لها المطالبة بالمهر فكان لها الامتناع كما لو كان حالا ، وإن كان بعض الصداق مؤجلاً وبعضه حالا فلها أن تمتنع من تسليم نفسها حتى تقبض المؤجل كما لو كان جميعه مؤجلاً .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) فإن كان الصداق عيناً لم تملك القصر فيه قبل القبض كالمبيع ، وإن كان ديناً فعلى القولين في الثمن ، وإن كان عيناً فهلاك قبل القبض ملك من ضمان الزوج كما يملك المبيع قبل القبض من ضمان البائع ؛ وهل ترجع إلى مهر المثل ، أو إلى بدل العين ، فيه قولان .

قال في القديم : ترجع إلى بدل العين لأنه عين يجب تسليمها لا يسقط الحق بتلفها ، فوجب الرجوع إلى بدلها كالمغصوب ، فعلى هذا أن كان مما له مثل وجب مثله وإن لم يكن له مثل وجبت قيمته أكثر ما كانت من حين العقد إلى أن تلف كالمغصوب ؛ ومن أصحابنا من قال : يجب قيمته يوم التلف ، لأنه وقت الفوات والصحيح هو الأول ، لأن هذا يبطل بالمغصوب .

وقال في الجديد : ترجع إلى مهر المثل لأنه عوض معين تلف قبل القبض وتمذر الرجوع إلى المعوض ، فوجب الرجوع إلى بدل المعوض كما لو اشترى ثوباً بعبد فقبض الثوب ولم يسلم العبد وتلف عنده ، فإنه يجب قيمة الثوب ،

وان قبضت الصداق ووجدت به عيباً فردته أو خرج مستحقاً رجعت في قوله القديم الى بدله ، وفي قوله الجديد الى مهر المثل ، وان كان الصداق تعليم سورة من القرآن فتعلمت من غيره أو لم تتعلم لسوء حفظها فهو كالعين اذا تلفت فترجع في قوله القديم الى أجرة المثل : وفي قوله الجديد الى مهر المثل .

(الشرح) الأحكام : اذا كان الصداق عينا فأرادت الزوجة أن تنصرف فيها بالبيع والهبة وما أشبههما قبل القبض لم يصح ، وقال بعض الناس : يصح هكذا أفاده العمراني .

دلينا أن النبي صلى الله عليه وسلم لم ينه عن بيع مالم يقبض ، وهذا لم يقبض وان كان الصداق ديناً في الذمة فهل يصح لها بيعه قبل قبضه ، فيه قولان كالثنى في الذمة . هذا نقل أصحابنا البغداديين

وقال المسمودي : اذا أرادت بيع الصداق قبل أن تقبضه فهل يصح بيعها له فيه قولان - ان قلنا : انه مضمون في يد الزوج ضمان العقد لم يصح ، وان قلنا ضمان اليد صح وأراد بذلك اذا كان الصداق عينا .

(مسألة) اذا أصدق الرجل امرأته عينا معينة اما حيواناً أو ثوباً أو سيارة فانها تكون مضمونة على الزوج مالم تقبضها الزوجة ، لأنها مضمونة عليه بعقد معاوضة فكانت مضمونة كالمبيع ، فان قبضتها الزوجة سقط الضمان عنه وصار ضمانها على الزوجة ، فان هلكت العين في يد الزوج قبل أن تقبضها الزوجة سقط حقها من العين لأنها قد تلفت ولا يبطل النكاح ، لأن النكاح ينعقد بغير مهر فلا يبطل بتلف الصداق ، ويجب على الزوج ضمان الصداق للزوجة لأنها قد تبينا أنه مضمون عليه الى أن تقبضه الزوجة ، وفيما يضمنه قولان .

قال في الجديد : ترجع عليه بمهر مثلها وهو اختيار المازني وأبي اسحاق المروزي والقاضي أبي الطيب ، لأنه عوض معين تلف قبل القبض وتعذر الرجوع الى المعوض فوجب الرجوع الى بدل المعوض لا الى بدل العوض كما لو اشترى فرساً بثوب وقبض الفرس وتلف الفرس والثوب عنده ، فانه يجب عليه قيمة الفرس لا قيمة الثوب ، فقولنا : عوض معين احتراز من العوض في الذمة ، وقولنا :

تعدر الرجوع إلى المعوض لأن الشرع قد منع الزوجة من الرجوع إلى بضعها بتلف الصداق فرجعت إلى بذله . وفيه احتراز من المبيع إذا تاف قبل القبض والثلثين باق .

وقال في القديم : ترجع عليه ببدل العين التالفة ، وهو قول أبي حنيفة وأحمد رضي الله عنهما واختيار الشيخ أبي حامد وابن الصباغ لأن كل عين يجب تسليمها فلا يسقط ضمانها بتلفها : فإذا تلفت ضمانت ببدلها كالعين المغصوبة . فقولنا عين يجب تسليمها احتراز عما لا يجب تسليمه كالعين المباعة والثلثين قبل البيع . وقولنا لا يسقط ضمانها بتلفها احتراز من العين المباعة والثلثين إذا تلفا قبل القبض ، فإذا قلنا بقوله الجديد فإن تلفت العين بأفة سماوية أو بفعل الزوج وجب لها مهر مثلها سواء سلمت نفسها إلى الزوج وطالبته بها فمنعها أو لم تطالبه بها ولم يمنعها . وإن أتلفتها الزوجة كان قبضاً لها ، وإن أتلفتها أجنبي فظاهر قول الشافعي رضي الله عنه أنها بالخيار بين أن ترجع على الزوج بمهر المثل ويرجع الزوج على الأجنبي ببدل الصداق الذي أتلف

وإن نقص الصداق في يد الزوج بأفة سماوية أو بفعل الزوج وجب لها مهر مثلها سواء سلمت نفسها إلى الزوج وطالبته بها فمنعها أو لم تطالبه بها ولم يمنعها ، وإن أتلفتها الزوجة كان قبضاً لها ، وإن أتلفتها أجنبي فظاهر قول الشافعي رضي الله عنه أنها بالخيار بين أن ترجع على الزوج بمهر المثل ويرجع الزوج على الأجنبي ببدل الصداق الذي أتلف وبين أن ترجع الزوجة على الأجنبي ببدل ما أتلف . وإن نقص الصداق في يد الزوج بأفة سماوية أو بفعل الزوج فهي بالخيار بين أن تأخذ للصداق ناقصاً ولا شيء لها وبين أن ترجع على الزوج بمهر مثلها . وإن نقص بفعل أجنبي فهي بالخيار بين أن ترجع على الزوج بمهر مثلها وتأخذ الزوج من الأجنبي الأرض ، وبين أن تأخذ الصداق والأرض من الأجنبي وإن نقص الصداق بفعل الزوجة أخذته ناقصاً ولا شيء لها . وإن قلنا بقوله القديم فحكمه في يد الزوج حكم المغصوب إلا أنه لا يأثم إذا لم يمنعها من أخذه فإذا تلف في يد الزوج بأفة سماوية أو بفعل الزوج رجعت عليه بمثله إن كان له مثل ، وبقيعته إن لم يكن له مثل ، ومتى تعتبر قيمته ؟ من أصحابنا من قال فيه قولان

ومنهم من قال : هما وجهان ، المنصوص أنه تعتبر قيمته أكثر ما كانت من حين العقد إلى حين التلف لأنه مضمون على الزوج في جميع هذه الأحوال فهو كالمنصوب . والثاني يرجع عليه بقيمته يوم التلف ، والاول أصح وإن نقص في يد الزوج نظرت - فإن كان بأفة سماوية - كانت بالخيار بين أن ترد الصداق لأجل النقص وترجع ببدله عليه ، وبين أن تأخذه ناقصاً وتأخذ منه أرش النقص لأنه كالغاصب

وإن نقص بفعل الزوج - فإن اختارت رده وأخذ بدله - كان لها ، وإن اختارت أخذه - فإن لم يكن للجناية أرش مقدر - أخذت الصداق وما نقص من قيمته ، وإن كان لها أرش مقدر بأن كانت إبلاً جُبَّت أسنمتها أو عبداً قطعت يده رجعت عليه بأكثر الأمرين من نصف قيمة العبد أو ما نقص من قيمتها بذلك ، لأنه اجتمع فيه ضمان اليد والأسنمة والجناية ، فإن نقص بفعل أجنبي فاختارت رده على الزوج وأخذ بدله منه كان لها ذلك لأجل النقص ورجع الزوج على الأجنبي بالارش ، فإن اختارت أخذه أخذته ، فإن كان الارش غير مقدر - فإن كان مثل أرش النقص أو أكثر من أرش النقص - رجعت به على من شامت منهما . وإن كان الارش المقدر أقل من أرش النقص كانت بالخيار بين أن ترجع بأرش النقص على الزوج وبين أن ترجع على الأجنبي بالارش المقدر وترجع على الزوج بتمام أرش النقص

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ويستقر الصداق بالوطء في الفرج لقوله عز وجل : وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض ، وفسر الإنضام بالجماع ، وهل يستقر بالوطء في الدبر ؟ فيه وجهان (أحدهما) يستقر لأنه موضع يجب بالإبلاج فيه الحمد ، فأشبهه الفرج (والثاني) لا يستقر لأن المهر في مقابلة ما يملك بالعقد ، والوطء في الدبر غير مملوك فلم يستقر به المهر ويستقر بالموت قبل الدخول ، وقال أبو سعيد الاصطخري : إن كانت أمة لم يستقر بموتها لأنها كالسلمعة تباع وتباع ، والسلمعة المبيعة إذا تلفت قبل التسليم سقط الثمن . فكذلك إذا ماتت

الأمة وجب ان يسقط المهر ، والمذهب انه يستقر ، لأن الفكاح الى الموت ،
فاذا ماتت انتهى النكاح فاستقر البذل كالإجارة إذا انقضت مدتها .
واختلف قوله في الخلوة فقال في القديم : تقرر المهر ، لأنه عقد على المنفعة
فكان التمكين فيه كالاستيفاء في تقرر البذل كالإجارة . وقال في الجديد : لا تقرر
لأنه خلوة فلا تقرر المهر كالخلوة في غير النكاح

(الشرح) الاحكام : يستقر المهر المسمى للزوجة بالوطء في الفرج لقوله
تعالى : وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف
ما فرضتم ، الآية . فلما اثبت له الرجوع بنصف الصداق بالطلاق قبل المسيس دل
على انه لا يرجع عليها بشيء منه بعد المسيس . وقال في آية اخرى : وكيف
تأخذونه وقد افضى بكم الى بعض ، ففسر الإفضاء بالجماع

وان وطئها في دبرها فهل يستقر به المسمى ، فيه وجهان . من اصحابنا من قال
لا يستقر لها لأن المهر في مقابلة ما يملك بالعقد والوطء في الدبر غير مملوك في
العقد فلم يستقر به المهر . والثاني - وهو المذهب - انه يستقر به المسمى ، وبه
قطع صاحب المذهب ؛ ووجهه ان الوطء في الدبر لا يختلف عن الجماع فيما
يتضمن تكبيلاً كالأحصان والتحليل ، او يوجب تخفيفاً مثل الخروج من
موجب العنة والايلاء .

ووجه ذلك انه يتضمن تغليظاً في إلحاقه بالوطء كما نقول في وجوب الغسل
دون الانزال وافساد العبادات ، والحكم بتقرير المهر اثبات تغليظ على الرجل
حتى لو انه جامع امرأة في دبرها بالشبهة وجب المهر لأنه موضع يجب بالابلاج
فيه الحد فاستقر به المهر كالفرج .

قال اصحابنا : جميع الاحكام التي تتعلق بالوطء في الدبر اربعة احكام :
الاحلال للزوج الاول ، والاحصان ، وايفاء المولى ، والخروج من العنة . وان
وطئ اجنبية في دبرها وجب لها مهر المثل ، وان حلف ان لا يوطئ امرأة
فوطئها في دبرها حنث في يمينه ، قال الصيمري : فان آلى من امرأته اكثر من
اربعة اشهر فوطئها في دبرها لم يسقط بذلك حقها ، وينبغي ان يحنث في يمينه ،

وإن أتت إسرأته بولد يلحقه بالإمكان - ولم يقر بوطنها - فهل يستقر عليه المهر المسمى فيه قولان (أحدهما) يستقر، لأن إلحاق النسب به يقتضى وجود الوطء (والثاني) لا يستقر عليه لأن الولد يلحق بالإمكان، والمهر لا يستقر إلا بالوطء والاصل عدم الوطء .

(فرع) وإن مات أحد الزوجين قبل الدخول استقر لها المهر ؛ وهو المذهب لأن النكاح إلى الموت فاستقر به المهر كالأجارة إذا انقضت مدتها

(فرع) وإن خلا الزوج بها ولم يجامعها فهل حكم الخلوة حكم الوطء في تقرير المهر ووجوب العدة ، اختلف العلماء فيها ، فذهب الشافعى في الجديد إلى أنه لا تأثير للخلوة في تقرير المهر ولا في وجوب العدة . وبه قال ابن عباس وابن مسعود رضى الله عنهم . ومن التابعين الشعبي وابن سيرين وطاوس ، ومن الفقهاء أبو ثور . وذهب طائفة إلى أن الخلوة كالوطء في تقرير المهر ووجوب العدة ، وذهب إليه ابن عمر وعلى بن أبى طالب رضى الله عنهم ، وبه قال الزهرى والاوزاعى والثورى وأبو حنيفة وأصحابه .

وقال مالك : إن خلا بها خلوة تامة بأن يخلو بها في بيته دون بيت أبيها أو أمها رجع بها قول من يدعى الإصابة منها عند اختلافها بها ، ولا تكون الخلوة كالوطء في تقرير المهر ووجوب العدة . وقال الشافعى في القديم : للخلوة تأثير . وقال الحرقى من الحنابلة : إذا خلا بها بعد العقد فقال : لم أطأها وصدقته لم يلتفت إلى قولها وكان حكمها حكم الدخول في جميع أمورهما إلا في الرجوع إلى زوج طلقها ثلاثاً أو في الزنا فانها يجلدان ولا يرجعان . اهـ

وقال ابن قدامة : إذا خلا بإمرأته بعد العقد الصحيح استقر عليه مهرها ووجبت عليها العدة وإن لم يطأ ، روى ذلك عن الخلفاء الراشدين وزيد وابن عمر ، وبه قال على ابن الحسين وعروة وعطاء والزهرى والاوزاعى والشافعى وأصحاب الرأى ، وهو قديم قولى الشافعى ، وقال شريح والشعبي وطاوس وابن سيرين والشافعى في الجديد : لا يستقر إلا بالوطء . وبكى ذلك عن ابن مسعود وابن عباس ، وروى نحو ذلك عن أحمد ، وروى عنه يعقوب بن مختار أنه قال : إذا صدقته المرأة أنه لم يطأها لم يكمل لها الصداق وعليها العدة ، وذلك

لقوله تعالى : وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم ، وهذه قد طلقها قبل أن يمسهن ، وقال تعالى : وكيف تأخذونهن وأنت أفضى بعضكم إلى بعض ، ثم قال : ولنا إجماع الصحابة رضي الله عنهم . روى الامام أحمد والاثرم بإسنادهما عن زرارة بن أبي أوفى قال : قضى الخلفاء الراشدون المهديون أن من أغلق بابا أو أرخى سترأ فقد وجب المهر ووجبت العدة . ورواه أيضا عن الأحنف عن عمر وعلى وعن سعيد بن المسيب وعن زيد بن ثابت : عليها العدة ولها الصداق كاملا ، وهذه قضايا تشتهر ولم يخالفهم أحد في عصرهم فكان إجماعا . وما روه عن ابن عباس لا يصح . قال أحمد : يرويه ليث وليس بالقوى ، وقد رواه حنظلة خلاف ما رواه ليث ، وحنظلة أقوى من ليث ، وحديث ابن مسعود منقطع . قاله ابن المنذر اهـ

قلت : لما كان للشافعي رضي الله عنه قولاه القديم والجديد ، فإن من أصحابنا من قال : مذهب الشافعي في القديم في الخلوة كقول مالك في أنه يرجح بها قول من ادعى الاصابة لا غير ؛ إلا أنه لا فرق عندنا على هذا بين أن يخلو بها في بيته أو في بيت أبيها أو أمها

وممنهم من قال : مذهب الشافعي في الجديد كقول أبي حنيفة - وهو المنصوص في القديم - فإذا قلنا بهذا فوجهه ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من كشف عن قناع امرأة فقد وجب عليه المهر ،

وروى عن عمر رضي الله عنه أنه قال : إذا أغلق الباب وأرخى الستر فقد وجب المهر . ما ذنبهن ان جاء العجز من قبلكم ؛ ولأنه عقد على المنفعة فكان التمكين منها كالاستيفاء في تقرير البذل كالاجارة

وإذا قلنا بقوله الجديد قال العمراني وأكثر الأصحاب ، وهو الأصح ، فوجهه قوله تعالى : وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم ، ولم يفرق بين أن يخلو بها أو لا يخلو بها ، ولأن الخلوة لو كانت كالاصابة في تقرير المهر وجوب العدة لكانت كالاصابة في وجوب مهر المثل في العيبة .

وأما الخبر فمحمول على أنه كنى عن الجماع بكشف النقاب ، وما روى عن أمير المؤمنين عمر رضى الله عنه فقد روينا عن ابن عباس وابن مسعود خلاف ذلك ، فإذا قلنا بقوله الجديد فوطئها فيما دون الفرج فسبق الماء إلى فرجها وجبت عليها العدة وجهاً واحداً ، لأن رحمها قد صار مشغولاً بمائه ، وإن أتت من ذلك بولد لحقه نسبة ، وهل يستقر بذلك صداقها ، فيه وجهان .

(أحدهما) يستقر ، لأن رحمها قد صار مشغولاً بمائه فهو كما لو وطئها .
(والثاني) لا يستقر به المهر لأنه لم يوجد الجماع التام فهو كما لو لم يسبق إلى فرجها ماؤه ، ولو استدخلت المرأة ماء غير ماء زوجها وظنته ماء زوجها لم يثبت له حكم من الأحكام لأن الشبهة تعتبر في الرجل .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن وقعت فرقة بعد الدخول لم يسقط من الصداق شيء لأنه استقر فلم يسقط ، فإن أصدقاها سورة من القرآن وطلقها بعد الدخول وقبل أن يعلمها ففيه وجهان ،

(أحدهما) يعلمها من وراء حجاب كما يستمع منها حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم .

(والثاني) لا يجوز أن يعلمها لأنه لا يؤمن إلا فتان بها ويخالف الحديث ، فإنه ليس له بدل ، فلو منعناه من سماعه منها أدى إلى إضاعته ، وفي الصداق لا يؤدي إلى إبطاله ، لأن في قوله الجديد ترجع إلى مهر المثل ، وفي قوله القديم ترجع إلى أجرة التحليم ، وإن وقعت الفرقة قبل الدخول نظرت — فإن كانت بسبب من جهة المرأة ، بأن أسلمت أو ارتدت أو أرضعت من يفسخ النكاح برضاها — سقط مهرها لأنها أتلقت المعوض قبل التسليم ، فسقط البدل كالباقي إذا أتلقت المبيع قبل التسليم ، وإن كانت بسبب من جهته نظرت — فإن كان بطلاق — سقط نصف المسمى لقوله تعالى « وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم » وإن كان بإسلامه أو برده سقط نصفه ، لأنه فرقة انفرد الزوج بسببها قبل الدخول ؛ فتتصرف بها المهر

كالطلاق ، وان كان بسبب منعهما نظرت - فان كان بخلع - سقط نصفه ، لان
المغالب في الخلع جهة الزوج ، بدليل أنه يصح الخلع به دونها وهو اذا خالع مع
أجنبي فصار كما لو انفرد به ، وان كان بردة منعهما ففيه وجهان .
(أحدهما) يسقط نصفه ، لان حال الزوج في النكاح أقوى فسقط نصفه
كما لو ارتد وحده .

(والثاني) يسقط الجميع لان المغالب في المهر جهة المرأة ، لان المهر لها
فسقط جميعه كما لو انفردت بالردة فان اشترت المرأة زوجها قبل الدخول ففيه
وجهان . أحدهما : يسقط النصف ، لان البيع تم بالزوجة والسيد وهو قائم مقام
الزوج ، فصار كالفرقة الواقعة بالخلع . والثاني : يسقط جميع المهر لان البيع
تم بها دون الزوج فسقط جميع المهر كما لو أرضعت من ينفسخ النكاح برضائه
(فصل) وان قتلت المرأة نفسها فالمنصوص أنه لا يسقط مهرها ، وقال
في الامة : اذا قتلت نفسها أو قتلها مولاها أنه يسقط مهرها ؛ فنقل أبو العباس
جوابه في كل واحدة منعهما الى الاخرى وجعلهما على قولين .

(أحدهما) يسقط المهر لانها فرقة حصلت من جهتها قبل الدخول فسقط
بها المهر ، كما لو أرادت .

(والثاني) لا يسقط وهو اختيار المزنى وهو الصحيح ، لانها فرقة حصلت
بإتضاء الاجل وانتهاء النكاح فلا يسقط بها المهر كما لو ماتت . وقال أبو اسحاق
لا يسقط في الحرية ويسقط في الامة على ما نص عليه ، لان الحرية كالمسئلة نفسها
بالعقد ، وهذا يملك منعهما من السفر ، والامة لا تصير كالمسئلة نفسها بالعقد
ولهذا لا يملك منعهما من السفر مع المولى : وان قتلها الزوج استقر مهرها
لان اتلاف الزوج كالتبضع كما أن اتلاف المشتري للمبيع في يد البائع كالتبضع
في تقرير الثمن .

(الشرح) الأحكام : اذا تزوج رجل امرأة ودخل بها ثم افترقا لم ترجع الى
الزوج بشيء من المهر سواء كانت الفرقة من جهة الزوج أو من جهة الزوجة
أو من جهتهما أو من جهة أجنبي ، لان المهر قد استقر بالدخول فلم تؤثر الفرقة

وهذا لا خلاف فيه ، وإن أصدقها تعليم سورة من القرآن ودخل بها ثم طلقها قبل أن يعلمها - فإن كان الصداق تحصيل التعليم - لم يتعذر ذلك بسبب الطلاق بل يستاجر لها امرأة أو محرماً لها ليعلمها ، وإن كان الصداق على أن يعلمها بنفسه ففقيه وجهان .

(أحدهما) أف التحليم لا يتعذر بذلك ، بل يعلمها من وراء حجاب كما يجوز أن يسمع أخبار رسول الله صلى الله عليه وسلم من وراء حجاب ، وقد ثبت أن كثيراً من راويات الحديث وحافظاته يسمعن الأجانب عنهن من وراء حجاب وقد كان أبو الشعثاء جابر بن زيد يسأل عائشة من وراء حجاب وكان يسألها عن أخص أحوال النبي صلى الله عليه وسلم حتى في جماعه وكانت رضى الله عنها تخجل حتى ليحمر وجهها كما يقول عروة ابن أختها ، وهى تقول : سل يا ابنائى ومن هؤلاء الراويات أمة الواحد بنت يامين والدة يحيى بن بشير وأميمة بنت عبد الله وبهسة الفزارية وحيدة راوية أم سلمة وخيرة أم الحسن البصرى وزينب بنت معاوية زوج ابن مسعود وراوية والعالية بنت سويد وثقفا العجلي وعمرة بنت قيس عن عائشة روى عنها جعفر بن كيسان فى صحيح ابن خزيمة ، وأم القلوص عن عائشة وعندها المنوكل بن الفضل فى الدار قطنى ومن لا يحصى .

(والثانى) أن تعليمه لها قد تعذر لأنه يخاف عليها الافتتان ، ويخالف سماع الأخبار لأننا لو لم نجز ذلك لضاع ما عندها من الأخبار ، فإذا قلنا بهذا كان كما لو تلف الصداق قبل القبض فيرجع فى قوله الجديد إلى مهر مثلها ، وفى قوله القديم إلى أجرة التعليم ، وإن وقعت الفرقة بينهما قبل الدخول نظرت ، فإن كانت بسبب من جهتها بأن أسلمت أو ارتدت أو أرضعته أو أرضعت زوجها له صغيرة أو وجد أحدهما بالآخر عيباً ففسخ النكاح سقط جميع المهر لأن البعض تلف قبل الدخول بسبب من جهتها ، فسقط ما نقابله كالمبيع إذا تلف قبل القبض ؛ وإن كان بسبب من جهة الزوج بأن طلقها سقط عنه نصف المسمى إن كانت لم تقبضه ، ووجب عليها رد نصفه إن كانت قبضته لقوله تعالى وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضته فنصف ما فرضتم ،

ويمكن أن أسلم أو ارتد لحكمه حكم الطلاق ، لأن الفرقة من جهته فهو كالطلاق وإن كانت الفرقة بسبب مندها نظرت - فإن كانت بخلع لحكمه حكم الطلاق لأن المذهب فيه جهة الزوج بدليل أنه يصح خلعها مع الأجنبية ، وإن كان بردة مندها بأن ارتدا معاً في حالة واحدة ففيه وجهان .

(أحدهما) حكمه حكم الطلاق لأن حال الزوج في النكاح إذا خالع زوجته بعد الدخول بها ثم تزوجها ثانياً في العدة ثم طلقها قبل أن يدخل بها يتنصف المسمى . وقال أبو حنيفة : لا يتنصف بل يبقى حقها في الجميع كما كان . دليلنا ظاهر الآية ، فنصف ما فرضتم ، ولأن الوطء الموجود في النكاح الأول يقابله المهر الأول ، فلو قلنا : لا يتنصف المهر في النكاح الثاني لصار ذلك الوطء مؤثراً أقوى في تقرير المهرين ، والتسليم الواحد لا يقابل بدلين وعلى هذا الخلاف لو وطئ امرأة بالشبهة أو أعتق أم ولده ونكحها ثم طلقها ينصف المهر عندنا ، وعند أبي حنيفة لا ينصف ويجعل دوام شغل الرحم كالوطء في تقرير المهر كله وتختلف هذه المسألة المخالعة حيث غلبنا جانب الزوج لأن الزوج يتصور منه أن يتفرد بالمخالعة عنها بأن تخالع مع أجنبي والمرأة لا يتصور منها الانفراد بالمخالعة عن الزوج فيترجح جانب الزوج ، وههنا في المباينة سواء رجحنا أحد الجانبين بالاستدعاء كما في الحرة إذا قتلت نفسها أو قتلت وليها قبل الدخول أنه لا يسقط شيء من المهر .

واختلف أصحابنا فيها فذهب أبو العباس بن مريج وبعض أصحابنا إلى أن فيها قولين (أحدهما) يسقط مهرها ، لأن النكاح انفسخ بسبب من جهتها ، فهو كما لو ارتدت (والثاني) لا يسقط وهو الأصح لأنها فرقة حصلت بانقضاء أجلها فهو كما لو ماتت ، وذهب أبو إسحاق المروزي وبعض أصحابنا إلى أنها على قولين على ظاهرهما ، ففي الامة يسقط ، وفي الحرة لا يسقط ، لأن الحرة مسلمة لنفسها في العقد ، ولهذا لا يجوز لها السفر بغير إذن الزوج ، والامة غير مسلمة لنفسها ولهذا يجوز السفر بها بغير إذن زوجها ، لأن الزوج للحرة بغنم ميراثها فجاز أن يغرر مهرها ، وزوج الامة لا يغرر ميراثها فلم يغرر مهرها ، فإذا قلنا : يسقط

المهر بذلك فان الحرة لا يسقط مهرها إلا إذا قتلت نفسها قبل الدخول ، وإن قتلها أو زوجها أو أجنبي لم يسقط مهرها .

وأما الأمة فان قتلت نفسها قبل الدخول سقط مهرها ، وإن قتلها سيدها سقط مهرها لأن المهر له ، وإن قتلها زوجها أو أجنبي قبل الدخول لم يسقط المهر ، خلافاً لأبي سعيد الإصطخري الذي قال : إذا قتلها أجنبي قبل الدخول يسقط مهرها لأنها كالساعة المباعة إذا أتلها أجنبي قبل القبض انفسخ البيع وسقط الثمن ، والمذهب الأول ، لأنها إنما تكون كالساعة إذا بيعت أما في النكاح فهي كالحرّة كما قررنا في غير موضع .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ومتى ثبت الرجوع في النصف لم يخل أما أن يكون الصداق تالفاً أو باقياً ، فان كان تالفاً - فان كان بماله مثل - رجع بنصف مثله ، وإن لم يكن له مثل رجع بقيمة نصفه أقل ما كانت من يوم العقد الى يوم القبض ، لأنه إن كانت قيمته يوم العقد أقل ثم زادت ، كانت الزيادة في ملكها فلم يرجع بنصفها وإن كانت قيمته يوم العقد أكثر ثم نقص ، كان النقصان مضموناً عليه ، فلم يرجع بما هو مضمون عليه ، وإن كان باقياً لم يخل - أما أن يكون باقياً على حاله أو زائداً أو ناقصاً أو زائداً من وجه ناقصاً من وجه - فان كان على حاله رجع في نصفه ، ومتى يملك ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) وهو قول أبي اسحاق : أنه لا يملك الا باختيار التملك ، لأن الإنسان لا يملك شيئاً بغير اختياره الا الميراث ، فعلى هذا ان حدثت منه زيادة قبل الاختيار كانت لها .

(والثاني) وهو المنصوص أنه يملك بنفس الفرقة لقوله عز وجل : وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم ، فعلى استحقاق النصف بالطلاق ، فعلى هذا ان حدثت منه زيادة كانت بينهما ، وإن طلقها والصداق زائد نظرت فان كانت زيادة متميزة كالثرة والنتاج والابن رجع بنصف الاصل ، وكانت الزيادة لها لانها زيادة متميزة حدثت في ملكها ،

فلم تتبع الاصل في الرد ، كما قلنا في الرد بالعيب في البيع ، وان كانت الزيادة غير متميزة كالسمن وتعليم الصنعة فالمرأة بالخيار بين أن تدفع النصف بزيادته وبين أن تدفع قيمة النصف ، فإن دفعت النصف أجبر الزوج على أخذه لأنه نصف المفروض مع زيادة لا تتميز ، وان دفعت قيمة النصف أجبر على أخذها لأن حقه في نصف المفروض والزائد غير المفروض فوجب أخذ البذل ، وان كانت المرأة مفلسه فففيه وجهان

(أحدهما) وهو قول أبي اسحاق : أنه يجوز للزوج أن يرجع بنصف العين مع الزيادة ، لأنه لا يصل الى حقه من البذل ، فرجع بالعين مع الزيادة كما يرجع البائع في المبيع مع الزيادة عند أفلاس المشتري (والثاني) وهو قول أكثر أصحابنا أنه لا يرجع لأنه ليس من جهة المرأة تفريط فلا يؤخذ منها ما زاد في ملكها بغير رضاها ، ويخالف اذا أفلس المشتري فإن المشتري فرط في حبس الثمن الى أن أفلس فرجع البائع في العين مع الزيادة . فإن كان الصداق نخلا وعليها طلع غير مؤبر فبذلت المرأة نصفها مع الطلع ، فففيه وجهان :

(أحدهما) لا يجبر الزوج على أخذها لأنها هبة فلا يجبر على قبولها (والثاني) يجبر وهو المنصوص لأنه نماء غير متميز فأجبر على أخذها كالسمن وإن بذلت نصف النخل دون الثمرة لم يجبر الزوج على أخذها . وقال المازني : يلزمه ان يرجع فيه وعليه ترك الثمرة الى أوان الجذاذ كما يلزم المشتري ترك الثمرة الى أوان الجذاذ ، وهذا خطأ ، لأنه قد صار حقه في القيمة فلا يجبر على أخذ العين ، ولأن عليه ضرراً في ترك الثمرة على نخله فلم يجبر ، ويخالف المشتري فإنه دخل في العقد عن تراض فأقرا على ما تراضيا عليه ، فان طالب الزوج الرجوع بنصف النخل وترك الثمرة الى أوان الجذاذ فففيه وجهان (أحدهما) لا تجبر المرأة لأنه صار حقه في القيمة

(والثاني) تجبر عليه لان الضرر زال عنها ورعى الزوج بما يدخل عليه من الضرر . وان طلقها والصداق ناقص بأن كان عبداً فعمى أو مرض ؛ فالزوج بالخيار بين أن يرجع بنصفه ناقصا وبين أن يأخذ قيمة النصف ، فان رجع في

النصف أجبرت المرأة على دفعه لأنه رضى بأخذ حقه ناقصا ، وإن طلب القيمة أجبرت على الدفع ، لأن الناقص دون حقه . وإن طلقها والصداق زائد من وجه ناقص من وجه بأن كان عبدا فتعلم صنعة ومرض ، فإن تراضيا على أخذ نصفه جاز لأن الحق لهما ، وإن امتنع الزوج من أخذه لم يجبر عليه لبقصانه . وإن امتنعت المرأة من دفعه لم تجبر عليه إزيادته ، وإن كان الصداق جارية فبالت فهي كالعبد إذا تعلم صنعة ومرض ، لأن الحمل زيادة من وجه ونقصان من وجه آخر لأنه يخاف منه عليها فكان حكمه حكم العبد

وإن كان بهيمة فحملت ففيه وجهان (أحدهما) أن المرأة بالخيار بين أن تسلم النصف مع الحمل ، وبين أن تدفع القيمة لأنه زيادة من غير نقص ، لأن الحمل لا يخاف منه على البهيمة (والثاني) وهو ظاهر النص أنه كالجارية لأنه زيادة من وجه ونقصان من وجه ، فإنه ينقص به اللحم فيما يؤكل ، ويمنع من الحمل عليه فيما يحمل فكان كالجارية .

وإن باعته ثم رجع اليها ثم طلقها الزوج رجع بنصفه لأنه يمكن الرجوع إلى عين ماله فلم يرجع إلى القيمة ، وإن وصت به أو وهبته ولم يقبض ثم طلقها رجع بنصفه ، لأنه باق على ملكها وتصرفها . وإن كاتبته أو وهبته وأقبضته ثم طلقها رجع بقيمة النصف ، لأنه تعاقد به حق لازم لغيرها ، فإن كان عبدا فدبرته ثم طلقها فقد روى المزني أنه يرجع ، فمن أصحابنا من قال يرجع لأنه باق على ملكها ومنهم من قال لا يرجع لأنه لا يملك نقض تصرفها ، ومنهم من قال فيه قولان ، إن قلنا إن التدبير وصية فله الرجوع ، وإن قلنا أنه عتق بصفة رجع بنصف قيمته

(الشرح) الأحكام : إذا طلق الرجل امرأة قبل الدخول وقد قبضت الصداق فقد ذكرنا أن الزوج يرجع عليها بنصفه ، فإن كان قد تلف بيدها فإن كان له مثل رجع عليها بنصف مثله لأنه أقرب ، وإن كان لا مثل له رجع عليها بنصف قيمته ، لأن مالا مثل له يضمن بالقيمة ، فإن اختلفت قيمته من حين العقد إلى حين قبضه رجع بنصف قيمته أقل ما كانت من حين العقد إلى حين القبض ، لأن قيمته إن كانت حين العقد أقل ثم ازدادت ، فإن الزيادة حدثت في ملكها

فلا يلزمها ضمها ، وإن كانت قيمته وقت العقد أكثر ثم نقصت فالنقص مضمون على الزوج لها فلا تضمنه الزوجة له ، وإن كان الصداق باقياً في يدها فلا يخلو من أربعة أحوال : إما أن يكون باقياً على حاله من حين القبض إلى حين الطلاق ، أو يكون ناقصاً من جميع الوجوه عن حاله التي قبضته عليها أو يكون زائداً على حاله التي قبضته عليها من جميع الوجوه ، أو يكون زائداً من وجه ناقصاً من وجه فإن كان باقياً على حاله رجع بنصفه لقوله تعالى : فنصف ما فرضتم ، وإن كان ناقصاً من جميع الوجوه بأن كانت جارية سميئة فمزلت أو مرضت أو ما أشبه ذلك فالزوج بالخيار بين أن يرجع بنصف الصداق ناقصاً ولا شيء له غير ذلك ، وبين أن يرجع عليها بنصف قيمته أقل ما كانت من حين العقد إلى حين القبض لأن الله تعالى قال : فنصف ما فرضتم ،

وإن كان ناقصاً من جميع الوجوه بأن كانت بهيمة سميئة فمزلت أو مرضت فالزوج بالخيار بين أن يرجع بنصف الصداق ناقصاً ولا شيء له غير ذلك ، وبين أن يرجع عليها بنصف قيمته أقل ما كانت من حين العقد إلى حين القبض ، لأن الله تعالى قال : فنصف ما فرضتم ، وإذا كان ناقصاً فليس هو المفروض . وإن كان الصداق زائداً من جميع الوجوه فلا تخلو الزيادة إما أن تكون متميزة أو غير متميزة ، فإن كانت متميزة بأن أصدقها بهيمة حائلاً فحملت وولدت ثم طاقها ، أو شجرة لا ثمرة عليها فأثمرت وجدت ، ثم طلقها رجع عليها بنصف الصداق دون النماء لأنه نماء حدث في ملكها وتميز فلم يكن له فيه حق كما قلنا في المشتري إذا حدث في ملكه نماء مميز ثم وجد بالمبيع عيباً فرده

وإن كانت الزيادة غير متميزة كالسمن وتعليم القرآن والعلم والصناعة ، فإن اختارت الزوجة تسليم نصفه أجبر الزوج على أخذه لأنه يرجع أكل ما دفع إليها وإن لم يختار تسليم نصفه لم يجبر عليه ، وبه قال أبو حنيفة رحمه الله .

وقال محمد بن الحسن : تجبر الزوجة على تسليم نصفه مع زيادته المتصلة . ولعلنا أن هذه زيادة حدثت في ملكها فلم يلزمها تسليمها كما لو كانت الزيادة متميزة ، ويلزمها نصف قيمته أقل ما كانت من حين العقد إلى حين القبض ، فإن كان على الزوجة ديون فأفلسست وحجر عليها فهل للزوج أن يرجع في نصف

الصداق مع زيادته المتصلة به ؟ فيه وجهان . قال أبو إسحاق يرجع بنصف الصداق مع زيادته المتصلة به لأننا إنما لا نوجب الرجوع إلى نصف الصداق مع زيادته إذا كانت غير مفلسة لأن ذمتها عامرة فيتوصل الزوج إلى استيفاء حقه من القيمة ، وإذا كانت مفلسة فذمتها خربة فلا يمكنه الوصول إلى استيفاء حقه بالقيمة فليس له الرجوع إلى نصفه

وقال أكثر أصحابنا : لا يرجع الزوج إلى نصف الصداق مع زيادته المتصلة ، لقوله تعالى « فنصف ما فرضتم » والزائد غير مفروض . ولم يفرق بين المفلسة وغير المفلسة . وإن كان الصداق زائداً من وجه ناقصاً من وجه ، بأن كان عبداً فتعلم صنعة ومرض - فإن اتفقا على أن يأخذ الزوج نصفه - جاز لأن الحق لهما وإن طالب الزوج نصفه فامتنعت الزوجة من ذلك لم يجبر على ذلك لزيادته ، وإن بذلت المرأة نصفه وامتنع الزوج من أخذه لم يجبر على ذلك لنقصانه ويرجع إلى نصف قيمته أقل ما كانت من حين العقد إلى حين القبض ، وإن طلقها قبل الدخول والصداق في يدها - فإن كان الصداق بحاله لم يزد ولم ينقص - كان لها النصف ، وإن كان ناقصاً من جميع الوجوه بأن مرض في يده أو عمى ، فالزوجة بالخيار بين أن تأخذ نصفه ناقصاً ولا شيء لها كالمبيع إذا نقص في يد البائع . وبين أن يفسخ الصداق لأجل نقصه ، فإذا فسخ الصداق لم يفسخ النكاح والإلام يرجع ، فيه قولان قالوا تلف - قبل القبض . قوله الجديد يرجع إلى نصف مهر المثل . وقوله القديم يرجع إلى بدل نصف الصداق

وإن كان الصداق زائداً نظرت - فإن كانت زيادة متميزة كالولد واللبن والشمرة - كان لها نصف أصل الصداق وجميع الزيادة . وحكى المسعودي أن أبا حنيفة رحمه الله قال للزوج نصف الزيادة المنفصلة الحادثة في يده . دليلنا أنها زيادة حدثت في ملكها فلم يكن للزوج فيها حق كما لو حدثت في يدها ، وإن كانت الزيادة غير متميزة كالسمن والصبيغة فالمرأة بالخيار بين أن تأخذ نصف الصداق وتدفع إلى الزوج نصفه مع زيادته فيجبر على قبوله ، وبين أن تأخذ جميع الصداق وتدفع للزوج نصف قيمته أقل ما كانت من حين العقد إلى حين القبض ،

وإن كان الصداق زائداً من وجه ناقصاً من وجه - بأن كانت جارية أتممت صنعة ونسيت أخرى - فهي بالخيار بين أن تأخذ نصفه وتسلم إلى الزوج نصفه ، فيبهر الزوج على ذلك ، لأن النقص في يده مضمون عليه ، وبين أن تفسخ الصداق لأجل النقص ، فإذا فسخت رجعت عليه في قوله الجديد بنصف مهر المثل وفي قوله القديم بنصف بدل الصداق

(فرع) كل موضع قلنا يرجع إلى الزوج نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول ، فمضى يملك الزوج ذلك النصف ، فيه وجهان : قال أبو إسحاق لا يملك إلا بالطلاق واختيار التملك ، وهو قول أبي حنيفة رحمه الله لأن المالك من غير اختيار لا يقع إلا بالإرث ، وهذا ليس بإرث

(والثاني) وبه قال زفر ، وهو المنصوص أنه يملك بنفس الطلاق ؛ وإن لم يختار التملك لقوله وإن طلقتموهن ، ولم يفرق بين أن يختار التملك أو لا يختار وما ذكره الأول أن الإنسان لا يملك شيئاً غير الميراث إلا باختيار التملك غير مسلم ، فإن الإنسان لو أخذ صيداً لينظر إليه لا يملكه للملكة بالأخذ من غير اختيار التملك ؛ وإن زاد الصداق بعد الطلاق وقبل اختيار التملك ؛ فإن قلنا بقول أبي إسحاق كانت الزيادة لازمة وحدها ، وإن قلنا بالمنصوص كانت الزيادة بينهما ، وإن نقص في يدها بعد الطلاق وقبل الاختيار ، فإن قلنا بقول أبي إسحاق لم يلزمها ضمان النقص . وإن قلنا بالمنصوص لزمها ضمان النقص

إذا ثبت هذا فإن الشافعي رضي الله عنه قال وهذا كله ما لم يقصر القاضي بنصفه فتكون هي حينئذ ضامنة لما أصابه في يدها ، فقال الصيمري هل يشترط قضاء القاضي في تملك الزوج نصف الصداق . فيه وجهان ظاهر كلام الشافعي أن ذلك شرط . والثاني وهو الأصح أن ذلك ليس بشرط ، وسائر أصحابنا قالوا لا خلاف في أن قضاء القاضي ليس بشرط لأن الرجوع بنصف الصداق ثبت له بنص الكتاب والاجماع ، فلم يشترط قضاء القاضي فيه ، فعلى هذا اختلاف أصحابنا في تأويل كلام الشافعي ، فمنهم من قال أراد إذا اختلفا في وقت ملك الزوج بأن قال الزوج ملكته من شهرين ثم نقص بعدما ملكته فعليك ضمان النقص . وقالت بل ملكته من شهر ونقص قبل أن أملكه فلا يلزمي ضمان النقص فانها

يترافعان الى القاضى ، فاذا قضى له القاضى بملكه من وقت . كانت ضامنة لما حدث بعد من النقص ، . وقال أبو إسحق وأكثر أصحابنا عطف الشافعى رحمه الله بهذا الكلام عليه اذا طلقتها قبل الدخول وقبل نقص في يدها في جميع الوجوه فان الزوج بالخيار بين أن يرجع في نصفه ناقصا ولا أرش له وبين أن يرجع بقيمة نصفه ، ومتى يملك نصفه ، على قول أبي إسحق بملكه بالطلاق واختيار التملك ، وعلى المنصوص بملكه بالطلاق ولا يفتقر الى قضاء القاضى : وانما عبر الشافعى رحمه الله عن وقت الملك بقضاء القاضى لانه أوضح ما يعلم به عود نصف الصداق فمضى علم وقت عوده اليه ثم نقص بعد ذلك وجب عليها ضمان النقص لانها قبضت الصداق بعقد المعاوضة ، وقد انفسخت المعاوضة فكان عليها ضمان ما نقص في يدها ، كما لو اشترى سلعة فوجد بها عيبا ففسخ البيع ثم نقصت في يده فانه يجب عليه ضمان النقص .

وقد نص الشافعى في الام أنه اذا طلقتها قبل الدخول والصداق في يدها فمنعته إياه كان عليها ضمان ما يحدث فيه من النقص ، فمن أصحابنا من قال بظاهر هذا وأنها اذا لم تمنعه لا يلزمها ضمان ما نقص ، بل هو أمانة في يدها ، لانه حصل في يدها من غير تفريط

ومنهم من قال يجب عليها ضمان ما نقص في يدها ، سواء منعه أو لم تمنعه وهو الأصح كما قلنا فيمن اشترى عينا فوجد بها عيبا ففسخ البيع ثم نقصت في يده فان عليه ضمان النقص بكل حال

وتأولوا كلام الشافعى رضى الله عنه في الام على أنه أراد ضمان الغصب ، لأن ضمان الغصب بطراً على ما هو مضمون بالقيمة كالعارية اذا منعها صاحبها . وقال أبو العباس بل عطف - الشافعى رحمه الله بهذا اذا زاد الصداق في يد الزوجة من جميع الوجوه ، فقد قلنا ان الزيادة كلها لها ، فقال الشافعى رحمه الله ما لم يقض القاضى بنصفه ، يعنى ما لم يقض له قاض مالكي بنصفه مع زيادته ، لأن مالكا رحمه الله يقول نصف الصداق باق على ملك الزوج الى أن يدخل بها ، فاذا قضى له مالكي بنصفه مع زيادته كان بينهما ، ولا ينقص حكمه لانه موضع اجتماع .

قال الشيخ أبو حامد : وهذا تأويل حسن إلا أن الشافعي رحمه الله قال بعده فتكون حينئذ ضامنة لما أصابه في يدها ، ولا يمكن حمله على مذهب مالك رحمه الله لأنه يقول : هو أمانة في يدها لا يلزمها ضمان النصف ولا زيادته .
(مسألة) إذا أصدقها نخلا لا ثمرة فيه فأثمرت في يدها ثم طلقها قبل الدخول ففيها ست مسائل :

١ - إذا أراد الزوج أن يرجع في نصف النخل بنصف ثمرتها فامتنعت الزوجة من ذلك فإنها لا تجبر على ذلك لأن الثمرة ان كانت غير مؤبرة فهي زيادة متصلة بالنخل ، وان كانت مؤبرة فهي كالزيادة المنفصلة ، وقد تبين أن الجميع لها .
٢ - إذا بذت نصف النخل مع نصف الثمرة فهل يجبر على قبوله ؟ فيه وجهان . أحدهما : لا يجبر على قبوله ، لأن هذه الزيادة ملك لها فلا يجبر على قبولها كالموعدة له شيئاً فإنه لا يجبر على قبوله . والثاني - وهو المذهب - أنه يجبر لأنها زيادة متصلة بالصدوق فأجبر الزوج على قبولها .

قال الشيخ أبو حامد : الوجهان إنما هما في الثمرة المؤبرة ، فأما غير المؤبرة فيجبر الزوج على قبولها وجهها واحداً ، وذكر المصنف أن الوجهين في غير المؤبرة ، ولم يذكر المؤبرة ، فإذا قلنا : يجبر على القبول فإنه يجبر إلا أن يطول النخل وتكون قحاما وهو الذي قل سعفه ودق أصله فلا يجبر الزوج على قبولها لما فيها من النقص بذلك .

٣ - إذا قال لها الزوج : اقطعي للثمرة لا أرجع في نصف النخل بلا ثمرة فلا تجبر المرأة على ذلك ، لأن في قطع الثمرة قبل أوان قطعها اضراً بها ، وقد قال صلى الله عليه وسلم . ليس لعرق ظالم حق . وهذه ليست بظالمة .

٤ - أن تقول المرأة للزوج اصبر عن الرجوع حتى تدرك الثمرة فتجد ثم ترجع في نصف النخل فلا يجبر الزوج على ذلك ، لأن حقه متعجل ، وقد تعجل بالقيمة فلا يجبر على التأخير ، ولأنه لا يأمن أن ي تلف النخل فلا يمكنه الرجوع فيها ، فان صبر باختياره إلى أن جدت الثمرة أو قطعت المرأة الثمرة قبل أوان جدادها لم يكن للزوج إلا نصف النخل إلا أن يحدث بها نقص فلا يجبر على نصفها .

٥ - أن يقول الزوج : أنا أصبر إلى أن تدرك الثمرة فتجد ثم أرجع في نصف النخل ، فإن المرأة لا تجبر على ذلك بعد أن رجع اليه نصفها فيكون في ضمانها فيلزمها الضرر بدخوله في ضمانها ، ولأن النخل تزيد فإذا رجع في نصفها بعد ذلك رجع في نصفها ونصف زيادتها المتصلة ، ولأن النخل تزيد فإذا رجع في نصفها بعد ذلك رجع في نصفها وفي نصف زيادتها المتصلة الحادثة في يدها : ولأن حقه قد تعلق بالقيمة فلا ينتقل إلى النخل إلا برضا المرأة .

٦ - إذا قال الزوج : أنا أرجع في نصف النخل في الحال مشاعا وأترك الثمرة لها إلى أن تجدد ففيه وجهان . قال أبو إسحاق : له ذلك وتجبر المرأة على ذلك لأنه لا ضرر على المرأة بذلك ، ومن أصحابنا من قال : لا تجبر المرأة على ذلك لأن حقه قد صار بالقيمة فلا يجبر على تسليم نصف النخل .

(فرع) إذا أصدقها أرضاً فحراثتها ثم طلقها قبل الدخول ، فإن بذلت له نصفها أجبر على قبولها ، لأن الحرث زيادة من نقصان ، وإن امتنعت من بذلها نصفها لم تجبر على ذلك وكان له نصف قيمتها لأنها قد زادت في يدها وإن زرعت أو غرستها وطلقها قبل الدخول والزرع والغرس فيها ، فإن بذلت له نصف الأرض ونصف الزرع ونصف الغرس ، وكانت قيمة الأرض قبل الزرع والغرس كقيمتها بعد الزرع والغرس .

قال الشيخ أبو حامد : أجبر على قبول ذلك على المذهب كما قلنا في النخل والثمره وفي الأرض المحروثة .

وقال ابن الصباغ : لا يجبر لأن الثمرة لا ينقص بها النخل ، والزرع تنقص به الأرض وتضعف ، ولأن الثمرة متولدة من النخل فهي تابعة لها والزرع والغرس ملك لها أودعته في الأرض فلا يجبر على قبوله ، وإن نقصت قيمة الأرض بالزرع والغرس لم يجبر على قبول نصفها ، فإن طلقها وقد استحصد الزرع ولم يحصده بعد فقالت : أنا أحصده وأسلم نصف الأرض فارغة أجبر على قبول ذلك إلا أن يحدث بالأرض نقص ، وإن حصدت الزرع ثم طلقها أو طلقها ثم حصدت

الزروع كان له الرجوع في نصف الارض إلا أن تكون قد نقصت بالزروع فلا يجبر على قبولها لان المانع من الرجوع الزروع وقد زال .

(مسألة) إذا أصدقتها خشبة فصنعتها أبوابا فزادت قيمتها بذلك ثم طلقها قبل الدخول لم تجبر المرأة على تسليم نصفها لزيادة قيمتها بذلك ، وإن بذلت له نصفها بزيادته لم يجبر الزوج على قبوله لانها كانت تصلح وهي خشب لما لا تصلح له الآن ، وإن أصدقتها فضة أو ذهباً فصاغتها آنية فزادت قيمتها بذلك ثم طلقها قبل الدخول لم تجبر المرأة على تسليم نصفها لزيادته ، فإن بذلت النصف بزيادته أجبر على القبول لانه يصلح وهو مصوغ لجميع ما كان يصلح له قبل ذلك ، هكذا ذكر الطبري في العدة ، وعندى إذا قلنا : لا يجوز اتخاذ آنية الذهب والفضة أن المرأة تجبر على تسليم نصفها ، وإن كانت قيمتها زائدة لان صنعتها لا قيمة لها .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن كان الصداق عينا فوهبته من الزوج ثم طلقها قبل الدخول ففيه قولان (أحدهما) لا يرجع عليها ، وهو اختيار المازني ، لان النصف تعجل له بالهبة (والثاني) يرجع وهو الصحيح ، لانه عاد اليه بخير الطلاق فلم يسقط حقه من النصف بالطلاق ؛ كما لو وهبته لاجنبي ثم وهبه لاجنبي منه ، وإن كان ديناً فأبرأته منه ثم طلقها قبل الدخول - فإن قلنا : انه لا يرجع في الهبة - لم يرجع في الإبراء ، وإن قلنا يرجع في الهبة ففي الإبراء وجهان .

(أحدهما) يرجع كما يرجع في الهبة .

(والثاني) لا يرجع لان الإبراء اسقاط لا يفترق الى القبول ، والدية تماميك تفتقر الى القبول ، فإن أصدقتها عينا فوهبته منها ثم ارتدت قبل الدخول فهل يرجع بالجميع ؟ فيه قولان ، لأن الرجوع بالجميع في الردة كالرجوع بالنصف في الطلاق ، وإن اشترى سلعة بثمن وسلم الثمن ووهب البائع الثمن منه ثم وجد بالسلعة عيباً ففي ردها والرجوع بالثمن وجهان ، بناء على القولين ، فإن وجد به عيباً وحدث به عنده عيب آخر فهل يرجع بالارض ؟ فيه وجهان بناء على القولين

وان اشترى سلعة ووهبها من البائع ثم أفلس المشتري ، فللبائع أن يضرب مع الغرماء بالثمن قولا واحداً لان حقه في الثمن ، ولم يرجع اليه الثمن .

(الشرح) الاحكام : قال الشافعي رضي الله عنه : ولو وهبت له صداقها قبل أو بعده ثم طلقها قبل أن يمسا ففيه قولان . وجهة ذلك أنه إذا اصدقها عينا ثم وهبتها من الزوج وأقبضته إياها ثم طلقها قبل الدخول ففيه قولان ،

أحدهما : لا يرجع عليها بشيء . لأنه قد تعجل له ما كان يستحقه بالطلاق قبل محله فلا يستحقه عند محله كالموكل قبل محله ثم جاء وقت محله والثاني : يرجع عليها بنصف مثله إن كان له مثل أو بنصف قيمته إن لم يكن له مثل وهو الأصح ، لأنه عاد اليه بعقد ، فلا يمنع ذلك رجوعه ببدل نصفه كما لو اشتراه منها أو وهبته لأجنبي ثم وهبه لأجنبي منه . قال المحاملي وابن الصباغ : وسواء قبضت الصداق أو لم تقبضه ، ، وان كان الصداق ديناً . فإن عينه الزوج في شيء وأقبضه إياها ثم وهبته منه . فهي كالأولة ، وان أبرأته منه ثم طلقها قبل الدخول . فان قلنا : لا يرجع عليها اذا كان عينا فوهبتها منه . فهنا أولى أن لا يرجع عليها ؛ وان قلنا : يرجع عليها في العين فهل يرجع عليها في الدين ؟ فيه قولان ، ومنهم من يقول : هما وجهان .

(أحدهما) يرجع عليها بنصفه لأنها قد ملكت الصداق بالعقد فهو كالعين . (والثاني) لا يرجع عليها بشيء ، وهو الصحيح ، والفرق بينهما أن الصداق اذا كان عينا فقد ضمنته بالقبض ، وفي الدين لم تضمنه بالقبض فلم يرجع عليها بشيء ، ألا ترى أن الصداق لو نقص في يده ثم طلقها قبل الدخول . فان قلنا : يرجع عليها اذا وهبت جميع الصداق . رجع عليها همنا بالنصف أيضا ، وان قلنا لا يرجع عليها في العين ففي الدين قولان ، والفرق بينهما أن هناك عاد اليه بعقد جديد بخلاف هذا ، وان قبضت نصف الصداق ثم وهبته النصف الباقي ثم طلقها قبل الدخول . فان قلنا : يرجع عليها اذا وهبت جميع الصداق . رجع عليها همنا بالنصف أيضا ، وان قلنا هناك : لا يرجع عليها بشيء فهنا قولان . قال في الأم : لا يرجع عليها بشيء . لأنه انما يرجع عليها ، وقد تعجل له ذلك

النصف فلم يرجع عليها بشيء . وقال في الإملاء : يرجع عليها لأنها لو وهبته جميعه لم يرجع عليها بشيء فإذا وهبته نصفه كان ذلك في حقها وحقه ، لأن حقهما شائع في الجميع ، فإذا قلنا بهذا في كيفية رجوعه ثلاثة أقوال ،
 (أحدها) يرجع عليها بالنصف الباقي لأنه يستحق عليها النصف وقد وجده
 (والثاني) يرجع عليها بنصف النصف الباقي وقيمته نصف الموهوب ، لأن
 حقهما شائع في الجميع فصار الموهوب كالتالف .
 (والثالث) أنه بالخيار بين أن يرجع بالنصف الباقي وبين أن يرجع بنصف
 النصف الباقي ونصف قيمة الموهوب لأنه تبعض عليه حقه .
 (فرع) وإن وهبته إمرأته الصداق أو أبرأته منه ثم ارتدت قبل الدخول
 لحكم الرجوع عليها بجميع الصداق كالحكم في رجوعه عليها بالنصف عند الطلاق
 لأنه يستحق عليها الرجوع بالجميع عند ردها كما يستحق عليها الرجوع بالنصف
 عند الطلاق .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) إذا طلقت المرأة قبل الدخول ووجب لها نصف المهر جاز للذي
 بيده عقدة النكاح أن يعفو عن النصف ، لقوله عز وجل : وإن طلقتموهن من
 قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون أو يعفو
 الذي بيده عقدة النكاح ، وفيمن بيده عقدة النكاح قولان .

قال في القديم : هو الولي فيعفو عن النصف الذي لها ، لأن الله تعالى خاطب
 الأزواج فقال سبحانه وتعالى : وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم إلا أن
 يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح ، ولو كان هو الزوج لقال إلا أن يعفون
 أو تعفوا لأنه تقدم ذكر الأزواج وخاطبهم بخطاب الحاضر ، فلما عدل عن
 خطابهم دل على أن الذي بيده عقدة النكاح غير الزوج ، فوجب أن يكون هو
 الولي ، وقال في الجديد : هو الزوج فيعفو عن النصف الذي وجب له بالطلاق ،
 فأما الولي فلا يملك العفو لأنه حق لها فلا يملك الولي العفو عنه كسائر ديونها ،

وأما الآية فتحتمل أن يكون المراد به الأزواج ، مخاطبهم بخطاب الحاضر ، ثم مخاطبهم بخطاب الغائب ، كما قال الله عز وجل : «حتى إذا كنتم في الفلك وجرين بهم ، فإذا قلنا ان الذي بيده عقدة النكاح هو الولى لم يصح العفو منه إلا بخمسة شروط (أحدها) أن يكون أباً أو جداً لأنهما لا يتهمان فيما يريان من حظ الولد ومن سواهما متهم (والثاني) أن تكون المنكوحة بكراً ، فأما الثيب فلا يجوز العفو عن مالها لأنه لا يملك الولى تزويجها (والثالث) أن يكون العفو بعد الطلاق وأما قبله فلا يجوز لأنه لا حظ لها في العفو قبل الطلاق ، لأن البضع معرض للتلغف ، فإذا عفار بما دخل بها فتلفت متفعة بضعها من غير بدل (والرابع) أن يكون قبل الدخول ، فأما بعد الدخول فقد أتلف بضعها فلم يجوز إسقاط بدله (والخامس) أن تكون صغيرة أو مجنونة ، فأما البالغة الرشيدة فلا يملك العفو عن مهرها لأنه لا ولاية عليها في المال

(الشرح) اللغات . قوله : وقد فرضتم لمن فريضة ، جملة حالية من فاعل طلقتهم أو من مفعوله ، ونفس الفرض من المبنى للفاعل أو للمفعول وإن لم يفارق حالة التطبيق لكن اتصاف المطلقة بالفارضية فيما سبق مما لا ريب في مقارنته لها ، وكذا الحال في اتصاف المطلقة بكونها مفروضا فيما سبق قوله : إلا أن يعفون ، استثناء مفرغ من أعم الأحوال ، أى فلهن نصف المفروض معيناً في كل حال إلا حال عفوهم ، أى المطلقات المذكورات فإنه يسقط ذلك حينئذ بعد وجوبه ، والصيغة تحتمل التذكير والتأنيث والفرق بالاعتبار ؛ فإن الواو في التذكير ضمير والنون علامة الرفع ، وفى التأنيث الواو لام الفعل والنون ضمير النسوة والفعل مبنى ، ولذلك لم تؤثر فيه ، أن ، هنا مع أنها ناصبة لا مخففة بدليل عطف المنصوب عليه من قوله تعالى : «أو يعفوا» الذى . . الخ ،

أما الأحكام فقد قال الشافعى رضى الله عنه : ولو خالعه على شيء مما عليه من المهر فباقى فعليه نصفه . وجهة ذلك أنه إذا خالعه على شيء مما عليه من المهر فباقى فعليه نصفه . وجهة ذلك أنه إذا خالعه على نصف مهر قبل الدخول نظرت

فإن كان الصداق عينا فخالعها على نصفها - فإن قلنا إن الزوج يملك نصف الصداق بالطلاق لم يصح الخلع على نصف ما سماه في الخلع ، لأن الخلع بمنزلة الطلاق الذي يوقعه ابتداء فلم يصح خلعها على النصف الذي يملك الزوج ، وهل يصح في نصف ما سماه في الخلع . فيه قولان بناء على القولين في تفريق الصنف ، وما فسد من المسمى في الخلع فهل يرجع الزوج عليها ببدله أو بمهر المثل ، فيه قولان قلنا فيه إذا تلف - الصداق قبل القبض

وإن قلنا إن الزوج لا يملك النصف الا بالطلاق واختيار التملك صح الخلع على النصف المسمى في الخلع ورجع عليها بالنصف . وهل يرجع عليها بجميع النصف الباقي في يدها أو بنصفه أو بنصف قيمته . على الأقوال الثلاثة التي مضت قبلها ، وإن كان الصداق ألفاً في الذمة فخالعها على خمسمائة منه قبل الدخول . قال ابن الصباغ فإن قلنا إنه يملك نصف - الصداق بالطلاق فسدت التسمية في الخلع في نصف الخمسمائة ، ولا ينصرف ذلك إلى نصيبها من الألف بعد الطلاق لأن وقت التسمية هي مالكة لجميعه ، فكان ما سميته من الجملة ، وهل تفسد التسمية في نصف الباقي ؟ على القولين . وهل يرجع عليها ببدلها أو بمهر مثلها . على القولين .

وإن قلنا إنه لا يملك النصف الا بالطلاق واختيار التملك صح الخلع على ما سمي فيه ، ويسقط الباقي من ذمته باختيار التملك

إذا ثبت هذا فقد قال الشافعي رضي الله عنه وما بقي فعليه نصفه ، وظاهر هذا أن الخلع يصح بخمسمائة ويسقط عن ذمته من الخمسمائة الباقيه مائة وخمسون واختلاف أصحابنا في تأويل هذا ، فقال أبو علي بن خيران أراد الشافعي رحمه الله إذا خالعا على خمسمائة من الألف وهما بعدان أن الخلع لا يصح الا على مائتين وخمسين منها لأن نصفها يسقط عنه بالطلاق قبل الدخول ، فإذا دللنا بذلك فقد رضينا أن يكون عوض الخلع مائتين وخمسين لا غير ، فإذا بقي على الزوج خمسمائة سقط عنه نصفها بالطلاق قبل الدخول . ومن أصحابنا من قال أراد الشافعي رحمه الله إذا قالت اخلعني بما يخصني من خمسمائة فصرح بذلك

وقال أبو اسحاق تأويلها أن العقد وقع على جميع الخمسمائة لأنها كانت ملكا

للزوجة ، وأما ما يعود نصفها الى الزوج بعد الطلاق - فإذا تم الخلع - رجع
إلى الزوج نصفها فيكون هذا النصف كالتالف قبل القبض فيرجع الزوج إلى بدل
هذا النصف في القول القديم وبديل الدراهم دراهم فيستحق عليها في ذمتها بدل
المائتين والخمسين التي كانت تستحقها بالطلاق . وبقي عليه خمسمائة فيسقط عنه
نصفها بالطلاق ، ويبقى لها عليه مائتان وخمسون فينتقصان ، فيكون معنى قوله فما
بقي عليه نصفه ، يعني الخمسمائة التي لم يقع بها الخلع فذكر ما بقي لها عليه ، ولم
يذكر ما له عليها ، ولا ذكر المقاصة أيضا

قال الشيخ أبو حامد : وهذه طريقة صالحة . وقال القاضي أبو الطيب : إن
الذي قاله الشافعي رحمه الله إنما قاله على أن الزوج لا يملك بالطلاق ، وإنما يملك
بالطلاق والاختيار فقد صح الخلع بالخمسمائة ، ويرجع عليها بنصف الباقي وبقيمة
ما خالها به . وإنما لم يذكر قيمة ما خالها به . وقال الشيخ أبو حامد : لا يمكن حمل
كلام الشافعي رحمه الله على هذا ، لأنه قال : فما بقي فعليه نصفه ، ولو أراد أنه
لا يملك الا بالاختيار لقال : فعليه كل ما بقي إلا أن يختار تملك نصفه

قال أصحابنا : وإن أرادت الخلاص خال عنه على خمسمائة في ذمتها ويسقط
عنه خمسمائة من الألف ويبقى عليه لها خمسمائة فينتقصان وتقول : اخلفني على
ما يسلم لي من الألف أو على أن لا يبقى بيننا علقمة ولا تبعه

(مسألة) قال الشافعي رضي الله عنه : قال الله تعالى : إلا أن يعفون أو يعفو
الذي بيده عقدة ، الآية . وجهه ذلك أنه إذا طلق امرأته قبل الدخول جاز ما
أن تعفو عن نصف المهر الذي وجب لها لقوله تعالى : إلا أن يعفون ، ولا خلاف
أن المراد به النساء وجاز للزوج أن يعفو عن النصف الذي له الرجوع فيه لقوله
تعالى : وإن تعفو أقرب للتقوى ، ولا خلاف أن المراد به الأزواج وفي الذي
بيده عقدة النكاح قولان . قال في القديم : المراد به ولي المرأة وبه قال ابن عباس
والحسن البصري والزهرى وطاوس وربيعة ومالك وأحمد ، فيكون تقدير الآية
على هذا إلا أن يعفون ، يعني الزوجات عن النصف الذي وجب لهن فيكون
جميع المصداق للزوج أو يعفو الولي عن نصيب الزوجه ، فيكون الجميع للزوج .
وإن تعفو أقرب للتقوى ، يعني الأزواج ، فيكون الجميع للزوجه ، لأن الله تعالى

قال «أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح» وهذا ورد فيما بعد الطلاق ، والذي بيده عقدة النكاح عليها هو الولي دون الزوج ، ولأن الكناية ترجع إلى أقرب مذكور قبله ، وأقرب مذكور قبل هذا هو نصف المرأة ، ولأن الله تعالى ذكر العفو في الآية في ثلاثة مواضع ، فإذا حمل هذا على الولي حصل لكل عفو قائمة ، وإذا حمل على غيره جعل أحدهما مكرراً .

وقال في الجديد الذي بيده عقدة النكاح هو الزوج ، وبه قال علي بن أبي طالب وجبير بن مطعم وابن المسيب وسعيد بن جبير ومجاهد وشريح وأهل الكوفة والثوري وأبو حنيفة وأصحابه ، فيكون تقدير الآية «إلا أن يعفون» يعني الزوجات أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح ، يعني الزوج وأن يعفوا أقرب للتقوى ، يعني أن عفو الأزواج أفضل من عفو الزوجات ، لقوله تعالى «أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح» وقال العلامة صديق خان في كتابه نيل المرام «وهو معنى : أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح ، قيل هو الزوج

ثم ذكر جماعة من القائلين به إلى أن قال «وفي هذا القول قوة وضعف . أما قوته فليكون الذي بيده عقدة النكاح حقيقة هو الزوج لأنه الذي إليه رفعه بالطلاق . وأما ضعفه فليكون العفو منه غير معقول ، وما قالوا به من أن المراد بعفوه أن يعطيها المهر كاملاً غير ظاهر ، لأن العفو لا يطاق على الزيادة . وقيل المراد بقوله «أو يعفو الخ» هو الولي ؛ إلى أن قال وفيه أيضاً قوة وضعف ، أما قوته فليكون معنى العفو فيه معقولاً . وأما ضعفه فليكون عقدة النكاح بيد الزوج لا بيده .

وما يزيد هذا القول ضعفاً أنه ليس للولي أن يعفو عن الزوج بما لا يملك وقد حكى القرطبي الإجماع على أن الولي لا يملك شيئاً من مالها ، والمأمور بها ، قال أجماع ما قاله الأولون لوجهين . الأول أن الزوج هو الذي بيده عقدة النكاح حقيقة . الثاني أن عفوه بإكمال المهر هو صادر عن مالك مطابق التصرف بخلاف الولي ، وتسميته الزيادة عفواً وإن كان خلاف الظاهر ، لكن لما كان الغالب أنهم يسوقون المهر كاملاً عند العقد ، كان العفو معقولاً ، لأنه تركه لها ولم يسترجع النصف منه ، ولا يحتاج لهذا أن يقال أنه من باب المشاكلة كافي للكشاف

لأنه عفو حقيقي ، أى ترك ما تستحق المطالبة به ، إلا أن يقال إنه مشاكلة أو تغليب في توفيته المهر قبل أن يسوقه الزوج ، فإذا قلنا إن الذى بيده عقدة النكاح هو الولي لم يصح إلا بالشروط الخمسة التى ساقها المصنف

(فرع) فإذا كان الصداق ديناً في ذمة الزوج وطلقها قبل الدخول ، وأرادت المرأة العفو عن النصف الذى لها صح عفوها بأحد ستة ألفاظ بأن تقول أبرأتك عن كذا أو وهبته لك أو ملكتك أو تركت لك أو أسقطت عليك أو عفوت عن مالى في ذمتك ، وهل يفتقر إلى قبول الزوج ؟ فيه وجهان مضى ذكرهما . المنصوص أنه لا يفتقر ، فإن أراد الزوج أن يعفو عن النصف الذى رجع إليه بالطلاق ، فإن قلنا أنه لا يملك ذلك إلا بالطلاق واختيار التملك ولم يختبر بعد ، فله أن يسقط حقه ، وإن قلنا أنه يملك النصف بالطلاق لم يصح عفوها عنه لأنه قد هلك على ملكها ؛ وفي يدها . وإن أراد الزوج أن يعفو عنها ، فإن قلنا أنه لا يملك النصف إلا بالطلاق والاختيار صح عفوها قبل الاختيار بكل لفظ يتضمن إسقاط حقه كالعفو والإسقاط والترك كما قلنا فيمن له شفعة فأسقطها . ولا يفتقر إلى قبولها وجهاً واحداً

وإن قلنا بالمنصوص وأنه يملك نصفه بالطلاق صح عفوها بأحد الألفاظ الستة : الهبة والعفو والابراء والتملك والإسقاط والترك ، وهل يفتقر إلى قبولها على الوجهين .

وإن كان الصداق عيناً في يد الزوج وأرادت أن تعفو عن النصف الذى لها صح بلفظ الهبة أو التملك ولا بد من قبول الزوج ، ولا بد من مضي مدة القبض وهل يفتقر إلى اذنها بالقبض ، فيه طريقان مضيا في الرهن ، ولا يصح عفوها بلفظ الابراء والإسقاط لأن ذلك إنما صح عما في الذمم ، وهل يصح بلفظ العفو فيه وجهان حكاهما في التعليق ، الصحيح لا يصح ، وإن أراد الزوج أن يعفو عن النصف الذى له ، فإن قلنا بقول أبي إسحاق أنه لا يملك إلا بالطلاق والاختيار ، ولم يختبر بعد صح عفوها بكل لفظ . يتضمن إسقاط الخيار ، وإن قلنا بالمذهب أنه يملك بنفس الطلاق احتاج إلى ثلاث شرائط : الهبة من الإيجاب والقبول ، والادن بالقبض ، والقبض

وإن كان الصداق عيناً في يد الزوجة فأرادت أن تعفو عن نصفها فنقر إلى شروط الهبة ، وإن أراد الزوج أن يعفو عنها ، فإن قلنا : إنه يملك بنفس الطلاق فهو يهبها شيئاً في يدها فلا بد فيه من الإيجاب والقبول ومضى مدة القبض . (فرع) إذا تزوج امرأة بمهر حرام أو مجهول وجب لها مهر مثلها ؛ فإن أبرأتها عنه - وكانت تعلم قدره - صححت البراءة . وإن كانت لا تعلم قدره وأبرأتها عنه لم تصح البراءة . وقال أبو حنيفة تصح ، دليلنا أنه إزالة ملك بلفظ لا يسرى فلم يصح مع الجهل به كالبيع ، وفيه احتراز من العنق ، وإذا ثبت أن الإبراء في الكل لا يصح فهل يصح في قدر ما يتحققه ؟

قال الشيخ أبو حامد : المعروف أنه لا يصح ، وقال أبو إسحاق : يصح ، لانا إنما منعنا صحة البراءة في كاه لأجل الغرر ، وهذا لا يوجد فيما يتحقق أنه لها ، وإن كانت تعلم أن المهر يزيد على مائة ولا يبلغ ألفاً فقالت : أبرأتك من مائة إلى ألف صح ، لأن الغرر قد زال والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن فوضت بضمها بأن تزوجت وسكت عن المهر أو تزوجت على أن لا مهر لها ففيه قولان (أحدهما) لا يجب لها المهر بالعقد وهو الصحيح لأنه لو وجب لها المهر بالعقد لتنصف بالطلاق (والثاني) يجب لأنه لو لم يجب لها استقرار بالدخول ولها أن تطالب بالفرض لأن إخلاء العقد عن المهر خالص لرسول الله صلى الله عليه وسلم فإن قلنا يجب بالعقد فرض لها مهر المثل لأن البضع كالمستهلك فضمن بقيمته كالساعة المستهلكة في يد المشتري ببيع فاسد ، وإن قلنا لا يجب لها المهر بالعقد فرض لها ما يتفقان عليه لأنه ابتداء إيجاب فكان اليه كالفرض في العقد ومتى فرض لها مهر المثل أو ما يتفقان عليه صار ذلك المسمى في الاستقرار بالدخول والموت والتنصف بالطلاق لأنه مهر مفروض فصار كالمفروض في العقد ، وإن لم يفرض لها حتى طلقتها لم يجب لها شيء من المهر لقوله عز وجل : وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم ، فدل على أنه إذا لم يفرض لم يجب النصف وإن لم

يفرض لها حتى وطئها استقر لها مهر المثل ، لأن الوطاء في النكاح من غير مهر خالص لرسول الله (ص) وان ماتا أو أحدهما قبل الفرض ففيه قولان .
أحدهما : لا يجب لها المهر لأنها مفوضة فأرقت زوجها قبل الفرض والمسبب فلم يجب لها المهر كما لو طلقت .

(والثاني) يجب لها المهر لما روى علقمة قال أتى عبد الله في رجل تزوج امرأة فمات عنها ولم يكن فرض لها شيئاً ولم يدخل بها فقال أقول فيها برأى لها صداق نسائها وعليها العدة ولها الميراث فقال معقل بن سنان الأشجعي قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في تزويج بنت واشق بمثل ما قضيت ففرح بذلك ولأن الموت معنى يستقر به المسمى فاستقر به مهر المفوضة كالوطاء ، وان تزوجت على أن لا مهر لها في الحال ولا في الثاني ففيه وجهان .

(أحدهما) أن النكاح باطل لأن النكاح من غير مهر لم يكن إلا لرسول الله صلى الله عليه وسلم فتصير كما لو نكح نكاحاً ليس له .
(والثاني) يصح لأنه يلغى قولها لا مهر لي في الثاني لأنه شرط باطل في الصداق فسقط وبقي العقد فعلى هذا يكون حكمه حكم القسم قبله .

(الشرح) اللغات : قال في البيان : التفويض في اللغة أن يكمل الرجل أمره إلى غيره . وقال ابن بطال : المفوضة المرأة تنكح بغير صداق من قولهم فوضت الأمر إلى فلان أي رددته ، إلى أن قال : والتفويض أن تفوض المرأة أمرها إلى الزوج فلا تقدر معه مهراً ، وقيل : التفويض الإهمال . كأنها أهملت أمر المهر فلم قسمه ويقال المرأة مفوضة بالكسر لتفويضها لأنها أذنت وبالفتح لأن وليها فوضها بعقده .

وأما التفويض في الشرع فهو تفويض البضع في النكاح ، يقال : امرأة مفوضة بكسر الواو إذا أضفت التفويض اليها ، ومفوضه بفتح الواو إذا أسند التفويض إلى غيرها ، والتفويض على ضربين ، تفويض مهر وتفويض بضع ، فأما تفويض المهر فمثل أن يقول تزوجتك على أي مهر شئت أو شيئاً أو شيئاً قاله النكاح صحيح ، ويجب لها مهر مثلها في العقد ، وأما تفويض البضع فبأن يقول

زوجتكها وتسكت عن المهر أو زوجتكها بلا مهر في الحال وكان ذلك بإذن المرأة لوليها وهي من أهل الإذن ، فإن النكاح ينعقد ، وأما المهر فقد قال الشيخ أبو حامد لا يجب لها مهر في العقد قولاً واحداً ، ولكنهما قد ملكت بالعقد أن تملك مهرأ لأن لها المطالبة بفرضه ، فهي كالشفيع ملك أن يملك الشقص أو أى مهر ملكت تملكه فيه قولان .

(أحدهما) مهر المثل والمفروض بدل عنه .

(والثاني) ما يتفقان عليه . وقال أبو حنيفة يجب لها مهر المثل بالعقد ، وحكى الشيخ أبو إسحاق أنه أحد قولينا لأنه لو لم يجب بالعقد لما استحققت المطالبة به ، ولما استقر بالدخول ، ودليلنا على أنه لا يجب بالعقد أنه لو وجب لها المهر بالعقد لينصف بالطلاق كالمسمى في العقد ، فإذا قلنا : إنها ملكت أن تملك مهر المثل ويكون المفروض بدلاً منه فلائذ إذا عقد عليها النكاح فقد استملك بوضعها فوجب أن يكون لها بدله ، وبدله هو مهر المثل ، وإذا قلنا ملكت أن تملك مهرأ ما ، وإنما يتقدر ذلك بالفرض .

قال أبو إسحاق وهو أقواهما ولأن المهر الذى تملكه المرأة بعقد النكاح مهران مهر تملكه بالتسمية ، ومهر تملكه بالفرض ، ثم ثبت أن المهر الذى تملكه بالتسمية — لا يقدر الا بالتسمية ، فكذا المهر الذى تملكه بالفرض لا يتقدر الا بالفرض ، لأن الشافعى رضى الله عنه نص على أنها إذا فرضا لها أكثر من مهر المثل لزم لها الجميع ، ولو كانت الزيادة على مهر المثل هبة لم يلزم بالفرض ، وإنما يلزم بالقبض .

(فرع) والمفوضة أن تطالب بفرض المهر لأن إخلاء العقد عن المهر خاص للنبي صلى الله عليه وسلم ، فإن ترافعا إلى الحاكم فرض لها مهر مثلها لأن زيادته على ذلك ميل على الزوج ، ونقصانه عنه ميلا عليها ولا يصح فرضه الا بعد معرفته بقدر مهر مثلها لأنه لا يملك الفرض الا بذلك ، وإن تراضى الزوجان ففرضاه بينهما — فإن كانا عالمين بقدر مهر مثلها — صح فرضهما ، فإن فرضا مهر مثلها صح ، وإن فرضا أكثر منه صح ولزم ، وقد سمح الزوج ، وإن فرضا أقل منه صح ولم يلزم الزوج أكثر منه لأنها سمحت ، وإن كانا جاهلين بقدر مهر مثلها

أو أحدهما - فإن قلنا : إنها ملكت بالعقد أن تملك مهر المثل لم تصح فرضهما ، لأن المفروض بدل عن مهر المثل ، فلا بد أن يكون المبدل معلوما عندهما ، وإن قلنا : ملكت بالعقد أن تملك مهرأ ما صح فرضهما ، وإذا فرض لها المهر المسمى لم يفرض لها إلا من نقد البلد ، لأنه بدل بضعها الثالف فهو كما لو أتلف عليها عينا من مالها ، وإن فرضه الزوجان بينهما جاز أن يفرضا نقداً أو عرضاً مما يجوز قسميته في العقد ، ولا يلزم إلا ما اتفقا عليه من ذلك ، وإذا فرض لها مهر صحيح كان ذلك كالمسمى في العقد يستقر بالدخول أو بالموت وينتصف بالطلاق قبل الدخول . وقال أبو حنيفة : إذا طلقها قبل الدخول سقط المفروض ووجب لها المتعة ، دليلنا قوله تعالى : فنصف ما فرضتم ، الآية . ولأنه مهر واجب قبل الطلاق فينصف بالطلاق كالمسمى لها في العقد .

(فرع) ويستحب أن لا يدخل بها حتى يفرض لها اثلاً يشقيه بالموهوبة ، فإن لم يفرض لها حتى وطئها استقر عليه مهر المثل : لأن الوطء في النكاح من غير مهر خالص للنبي صلى الله عليه وسلم ، فإن طلقها قبل القبض والمسيب لم يجب لها المهر لقوله تعالى : فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون ، الآية ، وهذا لم يفرض شيئاً ، وإن مات أحدهما قبل القبض والمسيب توارثا ووجب عليها عدة الوفاة إن مات الزوج قبلها بلا خلاف ، لأن الزوجية ثابتة بينهما إلى الموت ، وهل لها مهر المثل ؟ فيه قولان .

أحدهما : يجب لها مهر مثلها ، وبه قال ابن مسعود رضي الله عنه وابن شبرمة وابن أبي ليلى وأبو حنيفة وأصحابه وأحمد وإسحاق إلا أن أبا حنيفة يقول : يجب لها مهر مثلها بالعقد ، ووجه هذا القول ما روى عبد الله بن عتبة بن مسعود أن ابن مسعود سئل عن رجل تزوج امرأة ولم يسم لها مهرأ فمات عنها قبل الدخول فقال عبد الله : أقول فيها برأبي ، فإن أصبت فمن الله ، وإن أخطأت فني ومن الشيطان ، والله ورسوله بريئان ، لها الميراث وعليها العدة وأما مهر مثلها ، لا وكس ولا شطط : فقام إليه معقل بن سنان الأشجعي وقال : أشهد لقضييت

مثل ما قضى رسول الله (ص) في روع بذت واشق ، ففرح عبد الله بذلك ؛ ولأن الموت سبب يستقر به المسمى فاستقر به مهر المفوضة كالدخول .

والثاني : لا يجب لها مهر ، وبه قال علي وابن عمر وابن عباس وزيد بن ثابت رضي الله عنهم وأهل المدينة والزهرى وربيعه ومالك والأوزاعي من أهل الشام ولأنها فرقة وردت على المفوضة قبل الفرض والميسر فلم يجب لها مهر كالطلاق فأما خبر ابن مسعود رضي الله عنه فهو مضطرب ، وروى أنه قام إليه ناس من أشجع ، وروى أنه قام إليه رجل من أشجع ، وروى أنه قام إليه معقل بن سنان وروى أنه قام إليه معقل بن يسار ، وروى أنه قام إليه أبو سنان ، ويجوز أن تكون روع مفوضة المهر لا مفوضة البضع .

(فرع) وإن زوج الولي وليته بإذنها وهي من أهل الإذن على أن لا مهر لها في الحال ولا فيما بعد ، فهل يصح النكاح ؟ فيه وجهان .
أحدهما : لا يصح النكاح لأنها في معنى الموهوبة ، وذلك لا يصح إلا للنبي صلى الله عليه وسلم .

والثاني : يصح النكاح ويبطل الشرط ، لأن النكاح لا يخلو من مهر ، فإذا شرط أن لا مهر لها بحال ألغى الشرط لبطلانه ، ولا يبطل النكاح لأنه لا يبطل لبطلان المهر . فعلى هذا تكون مفوضة البضع ، وقد مضى حكمها ، فإن زوج الأب أو الجد الصغيرة أو الكبيرة المجنونة أو البكر البالغة العاقلة وفوض بضعها أو أذن المرأة لوليها في تزويجها ففوض بضعها بغير إذنها لم تكن مفوضة ، بل يجب لها مهر مثلها ، لأن التفويض إنما يتصور بإذنها إذا كانت من أهل الإذن ، هذا هو المشهور من المذهب .

وقال أبو علي بن أبي هريرة : إذا قلنا : إن الذي بيده عقدة النكاح هو الأب والجد صح تفويضه لبضع الصغيرة والمجنونة ، كما يصح عفوّه ، والأول أصح ، لأنه إنما يصح على أحد القولين بعد الطلاق فأما مع بقاء النكاح فلا يصح

(فرع) قال ابن الصباغ : إذا وطئ الهوج المفوضة بعد سنين وقد تغيرت صفتها فإنه يجب لها مهر المثل معتبراً بحال العقد ، لأن سبب وجوب ذلك إنما هو بالعقد واعتبر به .

وقال القاضي أبو الطيب : يعتبر مهرها أكثر ما كان من حين العقد الى حين الوطء ، لأن لها أن تطالبه بفرض المهر في كل وقت من ذلك ، وان نكح امرأة نكاحاً فاسداً ووطئها اعتبر مهرها حال ووطئها ، وان أبرأتها من مهرها قبل الفرض لم تصح البراءة ، لأن المهر لم يجب والبراءة من الدين قبل وجوبه لا تصح ، وان أسقطت حقها من المطالبة بالمهر قال ابن الصباغ : لم يصح إسقاطه عندي لأن إثبات المهر ابتداءً حق لها يتعلق به حق الله تعالى ، لأن الشرع منعهما من هبة بعضهما ، وانما خص به النبي صلى الله عليه وسلم ، ولهذا لا يصح أن يطأها بخير عوض ، والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ويعتبر مهر المثل بمهر نساء العصبات لحديث علقمة عن عبد الله وتعتبر بالاقرب فالأقرب منهم وأقربهن الاخوات وبنات الاخوة والعلمات وبنات الاعمام ، فان لم يكن لها نساء عصبات اعتبر بأقرب النساء اليها من الامهات والخالات لأنهن أقرب اليها ، فان لم يكن لها أقارب اعتبر بنساء بلدها ثم بأقرب النساء شبيهاً بها ويعتبر بمهر من هي على صفتها في الحسن والعقل والعفة والبسار ، لأنه قيمة متلف فاعتبر فيها الصفات التي يختلف بها العوض والمهر يختلف بهذه الصفات ويجب من نقد البلد كقيم المتلفات

(الشرح) قال الشافعي رضي الله عنه : ومتى قلت لها مهر نساءها قائماً أعني نساء عصبتها وليس أمها من نساءها . وجمله ذلك أن أصحابنا قالوا يجب لها مهر مثلاً في سبعة مواضع

(١) مفوضة المهر (٢) مفوضة البضع اذا دخل بها الزوج قبل الفرض أو مات عنها في أحد القولين

(٣) اذا فوض الولي بعضهما بغير اذنها (٤) اذا نكحت المرأة بمهر فاسد أو مجهول (٥) اذا نكحها نكاحاً فاسداً ووطئها (٦) اذا وطئ امرأة بشبهة (٧) اذا أكره المرأة على الزنا ، وكل موضع وجب للمرأة مهر

مثلاً تعتبر بنساء عصبتهما كالأخوات وبنات الأخوات والعلمات وبنات الأعمام، ولا يعتبر بنساء ذوى أرحامها كأمهاتها وخالاتها، ولا بنساء بلدها. وقال ابن أبي ابيلى وأبو حنيفة: يعتبر بنساء عصباتها وبنساء ذوى أرحامها. دليلنا ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في بروع بنت واشق أن لها مهر نساء قومها. وهذا يقتضى قومها الذين تنسب إليهم، ولأنه إذا لم يكن بد من اعتبارها بغيرها من النساء، فاعتبارها بنساء عصباتها أولى لأنها تساويهن في النسب، ويعتبر بمن هي في مثل حالها في الجمال والعقل والأدب والسن والبكارة والثبوبة والدين وصراحة النسب. وإنما اعتبر الجمال لأن له تأثيراً في الاستمتاع وهو المقصود بالنكاح، والعقل والأدب يعتبران، لأن مهر العاقلة الأدبية أكثر من مهر من لا عقل لها ولا أدب. وكذلك مهر الشابة والبكر أكثر من مهر العجوز والشيخ ومهر العفيفة أكثر من مهر الفاسقة. قال الشافعى وصراحتهما: فن أصحابنا من قال: أراد الفصاحة في اللسان. وقال أكثرهم أراد صراحة النسب، لأن العرب أكمل من العجم — فإن كانت بين عربيين لم يعتبر بمن هي بين عربي وعجمية؛ لأن الولد بين عربي وعجمية هجين، والولد بين عربية وعجمي مقرف ومدرع، قال الشاعر في المقرف:

وما هند إلا مهرة عربية سلبية أفراس تجلها بغل
فإن نتجت مهرأ كريماً فبالحرى وإن بك أقرافاً فما أنجب الفحل
وقال في المدرع:

إن المدرع لا تقنى خوولته كالغل يعجز عن شوط المحاضر
ويعتبر بالأقرب فالأقرب، فإن لم يكن في أخواتها مثلاً صعد إلى بنات أخيهما ثم إلى عماتها ثم إلى بنات عمها، فإن لم يكن نساء عصباتها في بلدها متفرقة؛ ومهور ذلك البلد تختلف اعتبرت بنساء عصباتها من أهل بلدها لأنها أقرب إليهم فإن لم يكن لها عصباء أو كان لها نساء عصبية ولم يوجد فيهن مثلاً اعتبرت بأقرب النساء إليها من ذوى أرحامها كأمهاتها وخالاتها، فإن لم يكن لها من يشبهها منهن اعتبرت بنساء بلدها، ثم بنساء أقرب بلد إلى بلدها (فرع) فإن كان من عادتهم إذا زوجوا من عشيرتهم خففوا المهر، وإذا

زوجوا من الأجانب نقلوا المهر حمل الأمر على ذلك - فإن كان زوجها من
عشيرتها خفف المهر. وإن كان من الأجانب نقل، لأن المهر يختلف بذلك.
قال ابن الصباغ: وينبغي على هذا إذا كان الزوج شريفاً - والعادة أن يخفف
مهر الشريف لشرف الزوج أن يعتبر ذلك

(فرع) ويجب مهر المثل حالاً من نقد البلد. وقال الصيمري: إن جرت
عادتهم في ناحية بالثياب وغير ذلك قضى لها بذلك، والمخصوص هو الأول لأنه
بذل متلف فأشبهه سائر المتلفات.

قال أبو علي الطبري: وإن كان عادة نساء عصبائهن التأجيل في المهر فإنه
لا يجب لها المهر المؤجل بل يجب حالاً: وينقص منه لأجل التأجيل، لأن القيم
لا تكون مؤجلة.

قال المصنف رحمه الله تعالى:

(فصل) وإذا أعسر الرجل بالمهر ففقيه طريقان، من أصحابنا من قال: إن
كان قبل الدخول ثبت لها الخيار في فسخ النكاح، لأنه معاوضة بإحقه الفسخ،
لجواز فسخه بالإفلاس بالعوض كالبيع، وإن كان بعد الدخول لم يجوز الفسخ لأن
البضع صار كالمستملك بالوطء، فلم تفسخ بالإفلاس كالبيع بعد هلاك الساعة.
ومن أصحابنا من قال: إن كان قبل الدخول ثبت الفسخ، وإن كان بعد الدخول
ففيه قولان (أحدهما) لا يثبت لها الفسخ لما ذكرناه (والثاني) يثبت لها الفسخ
وهو الصحيح، لأن البضع لا يتلف بوطء واحد لجواز الفسخ والرجوع إليه،
ولا يجوز الفسخ إلا بالحاكم، لأنه مختلف فيه فافتقر إلى الحاكم. كفسخ
النكاح بالعيب.

(فصل) إذا زوج الرجل ابنة الصغير وهو معسر ففقيه قولان، قال في
القديم يجب المهر على الأب لأنه لما تزوجه مع العلم بوجوب المهر والاعسار
كان ذلك رضا بالتزامه. وقال في الجديد يجب على الأب وهو الصحيح، لأن
البضع له فكان المهر عليه

(فصل) وإن تزوج العبد بإذن المولى فإن كان مكاتباً وجب المهر والنفقة

في كسبه لأنه لا يمكن إيجاب ذلك على المولى لأنه لم يضمن ، ولا في رقبة العبد لأنه وجب برضا من له الحق ، ولا يمكن إيجابه في ذمته لأنه في مقابلة الاستمتاع فلا يجوز تأخير عنه ؛ فلم يبق إلا الكسب فتعلق به ولا يتعلق إلا بالكسب الحادث بعد العقد ، فان كان المهر مؤجلا تعلق بالكسب الحادث بعد حلوله ، لأن ما كسبه قبله المولى ، ويلزم المولى تمكينه من الكسب بالنهار ومن الاستمتاع بالليل ، لأن إذنه في النكاح يقتضي ذلك ؛ فإن لم يكن مكتسباً وكان مأذوناً له في التجارة فقد قال في الأتم : بتعلق بما في يده ، فن أصحابنا من حملة على ظاهره ، لأنه دين لزمه بعقد أذن فيه المولى فقضى بما في يده كدين التجارة . ومن أصحابنا من قال : يتعلق بما يحصل من فضل المال . لأن ما في يده المولى فلا يتعلق به كما لا يتعلق بما في يده من الكسب ، وإنما يتعلق بما يحدث وحمل كلام الشافعي رحمه الله على ذلك ، وإن لم يكن مكتسباً ولا مأذوناً له في التجارة ففيه قولان .

(أحدهما) يتعلق المهر والنفقة بدمته يتبع به إذا أعتق ، لأنه دين لزمه برضا من له الحق فتعلق بدمته كدين القرض ، فعلى هذا للمرأة أن تفسخ إذا أرادت (والثاني) يجب في ذمة السيد لأنه لما أذن له في النكاح مع العلم بالحال صار ضامناً للمهر والنفقة ، وإن تزوج بغير إذن المولى ووطى . فقد قال في الجديد يجب في ذمته يتبع به إذا أعتق ، لأنه حق وجب برضا من له الحق فتعلق بدمته كدين القرض . وقال في القديم : يتعلق برقبته لأن الوطء كالجناية ، وإن أذن له في النكاح فنكح نكاحاً فاسداً ووطى . ففيه قولان .

(أحدهما) أن الأذن يتضمن الصحيح والفاسد ، لأن الفاسد كالصحيح في المهر والعدة والنسب ، فعلى هذا حكمه حكم الصحيح وقد بيناه .
(والثاني) وهو الصحيح أنه لا يتضمن الفاسد لأن الأذن يقتضي عقداً يملك به ، فعلى هذا حكمه حكم ما لو تزوج بغير إذنه وقد بيناه .

(الشرح) إذا أعرس الرجل بالصدوق فهل يثبت لها الخيار في فسخ النكاح ؟ فيه ثلاثة طرق حكاهما ابن الصباغ ، من أصحابنا من قال : إن كان بعد الدخول لم يثبت لها الخيار قولاً واحداً ، وإن كان قبل الدخول ففيه قولان . أحدهما يثبت

لها الخيار لانه تعذر عليها تسليم العوض والمعووض باق بحاله فكان لها الرجوع إلى المعوض كما لو أفلس المشتري بالثمن والمبيع باق بحاله . والثاني : لا يثبت لها الخيار ، لان تأخير المهر ليس فيه ضرر متحقق فهو بمنزلة نفقة الخادم إذا أعسر بها الزوج . ومنهم من قال : ان كان قبل الدخول ثبت لها الخيار قولاً واحداً . وان كان بعد الدخول ففيه قولان (أحدهما) لا يثبت لها الخيار قولاً واحداً . وإن كان بعد الدخول ففيه قولان (أحدهما) لا يثبت لها الخيار لان المعقود عليه قد تلف فهو كما لو أتلف المبيع في يد المشتري ثم أفلس (والثاني) لا يثبت لها الخيار وهو اختيار الشيخ أبي إسحاق ، لان المرأة يجب عايم التمكن من الوطء وجميعه في مقابلة الصداق ، وإنما سلمت بعضه فكان لها الفسخ في الباقي فهو كما لو وجد البائع بعض المبيع في يد المفلس . ومنهم من قال : ان كان قبل الدخول ثبت لها الخيار قولاً واحداً ، وان كان بعده لم يثبت لها الخيار قولاً واحداً . لان قبل الدخول لم يتلف البضع ، وبعد الدخول قد تلف البضع ، لان المسمى يستقر بالوطء الاول كما يستقر الثمن بتسليم جميع المبيع ، وباقي الوطئات تبع الاولى ، فإذا تزوجت امرأة رجلاً مع العلم بإعساره بالمهر ، وقائنا لها الخيار اذا لم تعلم به فهل يثبت لها الخيار هنا ؟ فيه وجهان حكاهما ابن الصباع

(أحدهما) لا يثبت لها الخيار لانها رضيت بتأخيرها بخلاف النفقة فان النفقة لا يجب بالمقدور لانه قد يتمكن المفسر من النفقة بالكسب والاجتهاد بخلاف الصداق (والثاني) يثبت لها الخيار لانه يجوز أن يقدر عليه بعد العقد ، فلا يكون بإعساره رضا بتأخير الصداق كالنفقة ، واذا أعسر بالصداق فرضيت بالمقام معه لم يكن لها الخيار بعد ذلك ، لان حق الصداق لم يتجدد بخلاف النفقة . هذا ترتيب البغداديين . وقال المسعودي اذا رضيت بإعساره بالمهر ثم رجعت ، فان كان قبل الدخول ، كان لها الامتناع ، وان كان بعد الدخول لم يكن لها الامتناع ، وان رضيت بالمقام معه بعدما أعسر بالصداق سقط حقها من الفسخ ولا يلزمها أن تسلم نفسها بل لها أن تمتنع حتى يسلم صداقها ، لأن رضاها إنما يؤثر في إسقاط الفسخ دون الامتناع ، ولا يصح الفسخ للإعسار بالصداق إلا باذن الحاكم لانه مجتهد فيه كفسخ النكاح بالعيب

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب اختلاف الزوجين في الصداق

إذا اختلف الزوجان في قدر المهر أو في أجله تحالفا ، لأنه عقد معاوضة لجاز أن يثبت التخالف في قدر عوضه وأجله كالبيع ، وإذا تحالفا لم ينفذ - بخ النكاح ؛ لأن التخالف يوجب الجمل بالعوض ، والنكاح لا يبطل بجهالة العوض ، ويجب مهر المثل ، لأن المسمى سقط وتعدر الرجوع إلى المعوض فوجب بدله ، كالأحوال تحالفا في الثمن بعد هلاك المبيع في يد المشتري

وقال أبو علي بن خيران : إن زاد مهر المثل على ما تدعيه المرأة لم تجب الزيادة لأنها لا تدعيها ؛ وقد بينا فساد قوله في البيع ، وإن ماتا أو أحدهما قام الوارث مقام الميت لما ذكرناه في البيع ، فإن اختلف الزوج وولي الصغيرة في قدر المهر ففيه وجهان

(أحدهما) يخلف الزوج وبوقف يمين المنكوحة إلى أن تبلغ ولا يخلف الولي ، لأن الإنسان لا يخلف لاثبات الحق لغيره

(والثاني) أنه يخلف - وهو الصحيح - لأنه باشر العقد فخلف كلوكيل في البيع ، فإن بلغت المنكوحة قبل التحالف لم يخلف - الولي ، لأنه لا يقبل إقراره عليها فلم يخلف - وهذا فيه نظر ، لأن الوكيل يخلف - وإن لم يقبل لإقراره وإن ادعت المرأة أنها تزوجت به يوم السبت بعشرين ويوم الأحد بثلاثين ، وأنكر الزوج أحد العقدین ، وأقامت المرأة البينة على العقدین وادعت المهرين قضى لها ، لأنه يجوز أن يكون تزوجها يوم السبت ثم خالعا ، ثم تزوجها يوم الأحد ، فلزمه المهران

(الشرح) إذا اختلف الزوجان في قدر المهر بأن قال تزوجتك بمائة فقالت بل بمائتين أو في جنسه بأن قال تزوجتك على دراهم فقالت بل على دنانير ، أو في عينه بأن قال : تزوجتك بهذه السيارة فقالت بل بهذه العبارة ، أو في أجله بأن قال تزوجتك بمهر مؤجل فقالت بل بمهر حال ولا بينة لأحدهما تحالفا ، وسواء كان اختلافهما قبل الدخول أو بعده ، وبه قال الثوري

وقال مالك : إن كان الاختلاف قبل الدخول تحالفاً وفسخ النكاح ، وإن كان بعد الدخول فالقول قول الزوج . وقال النخعي وابن شبرمة وابن أبي ليلى وأبو يوسف : القول قول الزوج بكل حال ، إلا أن أبا يوسف قال إلا أن يدعى الزوج مهراً مستذكراً لا يزوح بمثله في العادة ، فلا يقبل . وقال أبو حنيفة ومحمد إن اختلافهما بعد الطلاق فالقول قول الزوج ، وإن كان اختلافهما قبل الطلاق فالقول قول الزوجه إلا أن تدعى أكثر من مهر مثلها . فيكون القول قوالها في قدر مهر مثلها ، وفي الزيادة القول قول الزوج مع يمينه .

دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم : البينة على من ادعى واليمين على من أنكر وكل واحد من الزوجين مدعى عليه فكان عليه البين كالذي أجمع عليه كل مخالف فيها إذا ثبت هذا فالكلام في البادى . منها وفي صورة التحالف بالبيع ، وإذا تحالفا لم يفسخ النكاح . وقال مالك : يفسخ .

دليلنا : أن أكثر ما فيه أن المهر يصير مجهولاً ، والجاهل بالمهر لا يفسد النكاح عندنا ، وقد مضى الدليل عليه : ويسقط المسمى لأن كل واحد منهما قد حقق بيمينته ما حلف عليه ، وليس أحدهما بأولى من الآخر فسقطا وهل يسقط ظاهراً وباطناً ؟ أو يسقط في الظاهر دون الباطن ، على الوجه الثلاثة في البيع وهل يفسخ بنفس التحالف أو بالفسخ ، على ما مضى في البيع ، وترجع المرأة إلى مهر مثلها سواء كان ذلك أكثر مما تدعيه أو أقل .

وقال أبو علي بن خيران : إن كان مهر المثل أكثر مما تدعيه لم تستحق الزيادة وقال ابن الصباغ : ينبغي أن يقال : إذا قلنا . يفسخ في الظاهر دون الباطن لا تستحق إلا أقل الأمرين من مهر المثل أو ما تدعيه ، والمشهور هو الأول ، ولأن التحالف سقط اعتبار المسمى فصار الاعتبار بمهر المثل ، ويبطل ما قلناه بما لو كان مهر المثل أقل مما اعترف الزوج أنه تزوجها به ، فإنها لا تستحق أكثر من مهر مثلها ، ولا يلزم الزوج ما اعترف به من الزيادة .

(مسألة) قال الشافعي رضي الله عنه : وهكذا الزوجة وأبو الصبية ، وجعل ذلك أن الأب والجد إذا زوج الصغيرة أو المجنونة ، واختلف الأب والجد في قدر

المهر والزواج ، فهل يتحالفان ؟ اختلف أصحابنا فمنهم من قال : يحلف الزوج وتوقف يمين الزوجه على أن تبذل أو تفيق ، ولا يحلف الولي لأن النيات لا تدخل في اليمين ، وحمل النص على أنه أراد به العطف على قوله ، وبدأت بيمين الزوج مع الكبيرة ثم مع أبي الصغيرة ، وذهب أبو العباس وأبو إسحاق وأكثر أصحابنا إلى أن الأب والجد يحلفان مع الزوج على ظاهر قول الشافعي رحمه الله وهو الصحيح ، لأنه عاقد لحلف كالأول وكل رجل يبيع سلعة فاختلف هو والمشتري فإنه يحلف ، إذا ثبت هذا فإن التحالف بينهما إنما يتصور بشرطين .

(أحدهما) إذا ادعى الأب والجد أنه زوجها بأكثر من مهر المثل ، وادعى الزوج أنه إنما تزوجها بمهر المثل : فأما إذا اختلفا في مهر المثل أو أقل منه فلا تحالف بينهما لأنها إذا زوجها بأقل من مهر المثل ثبت لها مهر المثل .

(والثاني) إذا كانت المنكوحة عند الاختلاف صغيرة أو مجنونة ، فأما إذا بلغت أو أفاقت قبل التحالف فإن عامة أصحابنا قالوا : لا يحلف الولي لأنه لو أقر عنها بما يدعى الزوج لم يقبل في هذه الحالة بخلاف ما قبل البلوغ والإفاقة : فإنه لو أقر بما يدعى الزوج من مهر المثل قبل إقراره ، وقال القاضي أبو الطيب والشيخ أبو إسحاق : يقبل حلف الولي ، لأن الوكيل يحلف وإن لم يقبل إقراره فكذلك الولي همنا .

(فرع) إذا ادعت المرأة أنه عقد عليها النكاح يوم الخميس بعشرين ثم عقد عليها يوم الجمعة بثلاثين وأقامت على ذلك بينة وطلبت المهرين . قال الشافعي رضي الله عنه : فهما لها ، لأنه يجوز أن يكون تزوجها يوم الخميس بعشرين ثم خالعهما بعد الدخول ثم تزوجها وطلعهما قبل الدخول ثم تزوجها فيأزمه المهران ، فإن قال الزوج : إنما عقدت يوم الجمعة تكرر رأ وتأكيداً فالقول قواها مع يمينها لأن الظاهر أرومها .

قال المزني : للزوج أن يقول : كان الفراق قبل النكاح الثاني قبل الدخول ، فلا يلزمه إلا نصف الأول وجميع الثاني ، لأن القول قوله أنه لم يدخل في الأول قال أصحابنا : إنما قصد الشافعي رحمه الله أن المهرين واجبان ، فإن ادعى سقوط نصف الأول بالطلاق قبل الدخول كان القول قوله ، لأن الأصل عدم الدخول

قال أصحابنا : وهكذا لو أقام بينة أنه باع من رجل هذا الثوب يوم الخميس بعشرة وأنه باعه يوم الجمعة بعشرين لزمه الثمنان لجواز أن يرجع إليه بعد البيع الأول أو هبته .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وان اختلفا في قبض المهر فادعاه الزوج وأنكرت المرأة قال قول قواها ، لأن الأصل عدم القبض وبقاء المهر ، وان كان الصداق تعليم سورة فادعى الزوج أنه علمها ، وأنكرت المرأة - فان كانت لا تحفظ السورة - قال قول قواها لأن الأصل عدم التعليم ، وان كانت تحفظها ففيه وجهان . (أحدهما) أن القول قواها ، لأن الأصل أنه لم يعلمها .

(والثاني) أن القول قوله ، لأن الظاهر أنه يعلمها لم غيره وان دفع اليها شيئاً وادعى أنه دفعه عن الصداق وادعت المرأة أنه هدية ، فان اتفقا على أنه لم يتلفظ بشيء ، قال قول قوله من غير يمين لأن الهدية لا تصح بغير قول ، وان اختلفا في اللفظ فادعى الزوج أنه قال هذا عن صداقك ، وادعت المرأة أنه قال : هو هدية قال قول الزوج ، لأن الملاك له ، فاذا اختلفا في انتقاله كان القول في الانتقال قوله قالو دفع الى رجل ثوباً فادعى أنه باعه ، وادعى القابض أنه وهبه له .

(فصل) وان اختلفا في الوطء فادعته المرأة وأنكر الزوج قال قول قوله ، لأن الأصل عدم الوطء فان أتت بولد يلحقه نسبه ففي المهر قولان (أحدهما) يجب لأن الحاق النسب يقتضي وجود الوطء (والثاني) لا يجب لأن الولد يلحق بالامكان والمهر لا يجب إلا بالوطء والأصل عدم الوطء .

(فصل) وان أسلم الزوجان قبل الدخول فادعت المرأة أنه سبقها بالإسلام فعليه نصف المهر وادعى الزوج أنها سبقته فلا مهر لها قال قول قول المرأة لأن الأصل بقاء المهر ، وإن اتفقا على أن أحدهما سبق ولا يعلم عين السابق منهما ، فإن كان المهر في يد الزوج لم يحز المرأة أن تأخذ منه شيئاً لأنها تشك في الاستحقاق وإن كان في يد الزوجة رجع الزوج بنصفه لأنه يتيقن استحقاقه ولا يأخذ من النصف الآخر شيئاً ، لأنه شك في استحقاقه .

(الشرح) إذا ادعى الزوج أنه دفع الصداق الى زوجته وأنكرت ولا بينة له فالقول قول الزوجة مع يمينها ، وبه قال الشعبي وسعيد بن جبير وأهل الكوفة وابن شبرمة وابن أبي ليلى وأبو حنيفة وأصحابه . وقال مالك والاوزاعي : ان كان الاختلاف قبل الدخول فالقول قول الزوجة ، وان كان بعد الدخول فالقول قول الزوج ، وقال الفقهاء السبعة من أهل المدينة ان كان الاختلاف قبل الزفاف فالقول قولها ، وان كان بعد الزفاف فالقول قوله ، دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ، والمرأة مدعى عليها في جميع الحالات فكان القول قولها .

(فرع) وان أصدقها تعليم سورة وادعى أنه قد علمها إياها وأنكرت ، فإن كانت لا تحفظها فالقول قولها مع يمينها ، لان الأصل عدم التعليم ، وان كانت تحفظها ففيه وجهان ، أحدهما : القول قولها لما ذكرناه ، والثاني : القول قوله ، لان الظاهر أنه قد علمها .

(فرع) وان أصدقها ألف درهم فدفع اليها ألف درهم فقال دفعتها عن الصداق وقالت . بل دفعتها هدية أو هبة ، فإن اتفقا أنه لم يتلفظ بشيء فالقول قوله من غير يمين ، لان الهدية والهبة لا تصح بغير قول ، وان اختلفا في قوله فقال قلت هذا عن الصداق ، وقالت بل قلت ، هذا هدية فالقول قوله لانه أعلم بقوله قال الشافعي ولو تصادقا أن الصداق ألف فدفع اليها ألفين فقال : ألف صداق ، وألف ودبعة ، وقالت ألف صداق وألف هدية فالقول قوله مع يمينه ، وله عندها ألف ودبعة ، واذا أقرت أن قبضت منه شيئا فقد أقرت بماله له وادعت ملكه ، فالقول قوله في ماله .

(مسألة) وان ادعت المرأة أنه خلا بها وأصابها أو أصابها من غير خلوة فأنكر الزوج فالقول قوله مع يمينه لان الأصل عدم الخلوة والاصابة وان صادقا على الخلوة والتمكن فيها من الاصابة وأنكر الاصابة فإن قلنا انها ليست كالاصابة ، فهل القول قوله أو قولها ؟ فيه قولان ، قال في القديم القول قولها لان الظاهر معها ، وقال في الجديد القول قوله وهو الأصح ؛ لان الأصل عدم الاصابة وما بقي من الفصول فهي ماضية على وجهها .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان أصدقها عينا ثم طلقها قبل الدخول ، وقد حدث بالصداق عيب فقال الزوج : حدث بعد ما عاد الى فعليك أرشه ، وقالت المرأة : بل حدث قبل عوده اليك فلا يلزمي أرشه قال قول قول المرأة ، لأن الزوج يدعى وقوع الطلاق قبل النقص والاصل عدم الطلاق والمرأة تدعى حدوث النقص قبل الطلاق والاصل عدم النقص فتقابل الامر ان فسقطا والاصل برامة ذمتها .

(فصل) واذا وطئ امرأة بشبهة أو في نكاح فاسد ازمه المهر لحديث عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل ، فان مسها فلاها المهر بما استحل من فرجها ، فان أكرهها على الزنا وجب عليه المهر لانه وطئ سقط فيه الحد عن الموطوءة بشبهة ، والواطيء من أهل الضمان في حقها ، فوجب عليه المهر كالموطوءة في نكاح فاسد — فان طاوعته على الزنا نظرت — فان كانت حرة لم يجب لها المهر ، لما روى أبو مسعود البدرى رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن ، وان كانت أمة لم يجب لها المهر على المنصوص للخبر ، ومن أصحابنا من قال : يجب لان المهر حق للسيد فلم يسقط باذنها كأرش الجنابة .

(فصل) وان وطئ امرأة وادعت المرأة أنه استكرهها وادعى الواطيء أنها طاوعته ففيه قولان .

أحدهما : القول قول الواطيء لان الاصل برامة ذمته . والثاني : القول قول الموطوءة ، لان الواطيء متلف ويشبه أن يكون القولان مثبتين على القولين في اختلاف رب الدابة وراكبها ورب الأرض وزارعها .

(فصل) وان وطئ المرتن الجارية المراهونة باذن الراهن وهو جاهل بالعجريم ففيه قولان .

(أحدهما) لا يجب المهر لان البضع للسيد وقد أذن له في اتلافه فسقط بدله

كما لو أذن له في قطع عضو منها (والثاني) يجب لأنه وطء سقط عنه الحد للشبهة فوجب عليه المهر كما لو وطئ في نكاح قاسد ، فإن أتت منه بولد ففيه طريقان من أصحابنا من قال فيه قولان كما هو لأنه متولد من مأذون فيه ، فإذا كان في بدل المأذون فيه قولان كذلك وجب أن يكون في بدل ما تولد منه قولان . وقال أبو إسحاق تجب قيمة الولد يوم سقط قولاً واحداً لأنها تجب بالاحبال ولم يوجد الاذن في الاحبال ، والطريق الاول أظهر لأنه وإن لم يأذن في الاحبال إلا أنه أذن في سببه

(الشرح) حديث عائشة رواه أبو داود والسنجستاني وأبو داود الطيالسي وابن ماجه والدارقطني والترمذي ، وكذلك رواه الشافعي ومن طريق سليمان ابن موسى عن الزهري عن عروة عنها ، وقد مضى الكلام على طريقه في ولاية النكاح . أما حديث أبي مسعود البدرى وهو عقبه بن عمرو رضى الله عنه فقد أخرجه أصحاب الكتب الستة وأحمد والدارقطني ، وقد ذكره في البيوع وغيرها من المجموع

وأولى بالكلام من هذه الفصول أنه إذا أصدقاها عينا وقبضتها ثم طلقها قبل الدخول ووجد في العين نقص فقد ذكرنا أن هذا النقص لا يلزمها أرشه ، وإن حدث بعد الطلاق فعليها أرشه ، فاختلف الزوجان في وقت حدوثه ، فقال الزوج حدث في يدك بعد عود النصف إلى إماما بالطلاق على المنصوص أو بالطلاق واختيار التملك على قول أبي إسحاق . وقالت الزوجة بل حدث قبل ذلك قال قول قول الزوجة مع يمينها ، لأن الزوج يدعى وقوع الطلاق قبل حدوث القبض وهي تنكر ذلك ، والاصل عدم الطلاق ، والزوجة تدعى حدوث النقص قبل الطلاق والاصل عدم حدوث النقص ، فتعارض هذان الاصلان وسقطا ، وبقي أصل برامة ذمتها من الضمان ، فكذلك كان القول قولها وبالله التوفيق

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب المتعة

إذا طلقت المرأة لم يخل إما أن يكون قبل الدخول أو بعده - فإن كان قبل الدخول نظرت ، فإن لم يفرض لها مهر - وجب لها المتعة لقوله تعالى ولا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ، ومتعوهن ، ولأنه لحقها بالنكاح ابتذال ، وقلت الرغبة فيها بالطلاق ، فوجب لها المتعة ، وإن فرض لها المهر لم تجب لها المتعة ، لأنه لما أوجب بالآية لمن لم يفرض لها دل على أنه لا يجب لمن فرض لها ، ولأنه حصل لها في مقابلة الابتذال نصف المسمى ، فقام ذلك مقام المتعة .

وإن كان بعد الدخول ففيه قولان ، قال في القاموس : لا تجب لها المتعة ، لأنها مطلقة من نكاح لم يخل من عوض ، فلم تجب لها المتعة كالمسحى لها قبل الدخول . وقال في الجديد : تجب لقوله تعالى فمتاعين أمتعكن وأمرحكن مراحاً جميلاً ، وكان ذلك في نساء دخل بهن ، ولأن ما حصل من المهر لها بدل عن الوطاء ، وبقي الابتذال بغير بدل ، فوجب لها المتعة كالمفوضة قبل الدخول . وإن وقعت الفرقة بغير الطلاق نظرت - فإن كانت بالموت - لم تجب لها المتعة لأن النكاح قد تم بالموت وبلغ منتهاه فلم تجب لها متعة . وإن كانت بسبب من جهة أجنبي كالرضاع فحكمه حكم الطلاق في الأقسام الثلاثة ، لأنها بمنزلة الطلاق في تنصيف المهر فكانت كالطلاق في المتعة .

وإن كانت بسبب من جهة الزوج كالإسلام والردة واللعان فحكمه حكم الطلاق في الأقسام الثلاثة ، لأنها فرقة حصلت من جهته فأشبهت الطلاق ، وإن كانت بسبب من جهة الزوجة كالإسلام والردة والرضاع والفسخ بالاعتسار والعيب بالزوجين جميعاً لم تجب لها المتعة ، لأن المتعة وجبت لها لما يلحقها من الابتذال بالعقد وقله الرغبة فيها بالطلاق ، وقد حصل ذلك بسبب من جهتها فلم تجب . وإن كانت بسبب منها نظرت - فإن كانت بخلع أو جعل الطلاق اليها فطلقت -

كان حكمها حكم الماطقة في الاقسام الثلاثة ، لان المذهب فيها جهة الزوج ؛ لانه يمكنه أن يخالعهام مع غيرها ويجعل الطلاق الى غيرها لجعل كالمنفرد به . وان كانت الزوجة أمة فاشترها الزوج فقد قال في موضع لا متعة لها ، وقال في موضع لها المتعة ، فن أصحابنا من قال هي على قولين

(أحدهما) لا متعة لها لان المذهب جهة السيد ، لانه يمكنه أن يبيعهام من غيره فيكون حكمه في سقوط المتعة حكم الزوج في الخلع في وجوب المتعة ، ولانه يملك بيعهما من غير الزوج فصار اختياره للزوج اختياراً للفرقة .

(والثاني) أن لها المتعة لانه لا مزية لاحدهما على الآخر في العقد ، فسقط حكمها كما لو وقعت الفرقة من جهة أجنبي .

وقال أبو إسحاق : ان كان مولاها طلب البيع لم تجب لانه هو الذي اختار الفرقة . وإن كان الزوج طلب وجبت ، لانه هو الذي اختار الفرقة ، وحمل القولين على هذين الحالين .

(الشرح) المناع في اللغة كل ما ينتفع به كالطعام والثياب وأثاث البيت ؛ وأصل المناع ما يتبلغ به من الزاد ، وهو اسم من متعته بالتثقل اذا أعطيته ، والجمع أمتعة ، ومتعة الطلاق من ذلك ، ومتعت المطلقة بكذا اذا أعطيتها إياه لانها تلتفع به وتمتع به

قال الشافعي رضي الله عنه : لا متعة للمطلقات الا لواحدة ، وهي التي تزوجها وسمى لها مهرأ . أو تزوجها مفوضة . وفرض لها المهر ثم طلقها قبل الدخول فلا متعة لها . وجملة ذلك أن المطلقات ثلاث . مطلقه لها المتعة قولاً واحداً . ومطلقه لا متعة لها قولاً واحداً . ومطلقه هل لها متعة . على قولين . فأما التي لها المتعة قولاً واحداً فهي التي تزوجها مفوضة ولم يفرض لها مهرأ ثم طلقها قبل الفرض والمسيس لقوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعهن ، ولانه قد لحقها بالعقد والطلاق قبل الدخول ابتذال فيكون لها المتعة بدلاً عن الابتذال .

وأما التي لا متعة لها قولاً واحداً فهي التي تزوجها وسمى لها مهرأ في العقد

أو تزوجها مفوضه وفرض لها مهرأ ثم طلقها قبل الدخول ، لأن الله تعالى علق وجوب المتعة بشرطين . وهو أن يكون الطلاق قبل الفرض والمسيس ، وههنا أحد الشرطين غير موجود ، وقد جعلنا لها المتعة لكيلا يعرى العقد من بدل . وههنا قد جعل لها نصف المهر

وأما المطلقة التي في المتعة لها قولان ، فهي التي تزوجها وسمى لها مهرأ في العقد ودخل بها أو تزوجها مفوضة وفرض لها مهرأ ودخل بها أو لم يفرض لها مهرأ أو دخل بها ، ففي هذه الثلاث قولان

قال في القديم : لا متعة لها . وبه قال أبو حنيفة وإحدى الروايتين عن أحمد لقوله تعالى لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن ، فعلق المتعة بشرطين ، وهو أن يكون الطلاق قبل الفرض وقبل المسيس ، ولم يوجد الشرطان ههنا . وقوله تعالى إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لهن من عتدونها ، فتمتعوهن ، فجعل لهن المتعة قبل المسيس وقد وجد المسيس ههنا ، ولأنها مطلقة لم يخل نكاحها عن بدل فلم يكن لها المتعة ، قالوا سمي لها مهرأ ثم طلقها قبل الدخول

وقال في الجديد : لها المتعة ، وبه قال عمر وعلي والحسن بن علي وابن عمر ولا يخالف لهم في الصحابة

قال المحاملي وهو الأصح لقوله تعالى وللمطلقات متاع بالمعروف ، فجعل الله تعالى المتعة لكل مطلقة ، إلا ما خصه الدليل ، ولقوله تعالى يا أيها النبي قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعنكن ، وهذا في نساء النبي صلى الله عليه وسلم اللاتي دخل بهن وقد كان سمي لهن المهر بدليل حديث عائشة رضي الله عنها : كان صداق النبي صلى الله عليه وسلم اثني عشر أوقية ونشأ ولأن المتعة إنما جعلت لما لحقها من الابتذال بالعقد والطلاق ، والمهر في مقابلة الوطء ، والابتذال موجود فيكان لها المتعة

إذا ثبت هذا فإن المتعة واجبة عندنا ، وبه قال أبو حنيفة رضي الله عنه .

وقال مالك رضى الله عنه : هي مستحبه غير واجبه . دليلنا قوله تعالى (ومتعوهن ، وهذا أمر ، والآسر يقتضى الوجوب . وقوله تعالى (وللمطلقات متاع بالمعروف حقاً على المتقين ، وحقاً ، يدل على الوجوب

(مسألة أخرى) كل موضع قلنا يجب المتعه لا فرق بين أن يكون الزوجان حرين أو مملوكين ، أو أحدهما حراً والآخر مملوكاً ، وخالف الأوزاعي فجعلها لحرين - دليلنا قوله تعالى (وللمطلقات متاع بالمعروف ، الآية . وهذا عام لا تفرقة فيه .

(فرع) إذا وقعت الفرقة بغير طلاق في الموضع الذى يجب فيه المتعه نظرت فإن كان بالموت لم يجب المتعه ، لأن النكاح قد بلغ منتهاه ولم يلحقها بذلك ابتذال وان وقعت بغير الموت نظرت ، فإن كان بسبب من جهته - أجنبي فهو كالطلاق لأنها كالطلاق في تنصيف المهر قبل الدخول فكذلك في المتعه ، وإن كان من جهته - الزوج كالإسلام قبل الدخول والردة واللعان فخكمه حكم الطلاق قال القاضى أبو الطيب وكذلك إذا أسلم وتحتة أكثر من أربع نسوة وأسلمن معه واختار أربعاً منهن وجب للباقي المتعه . وإن كانت الفرقة من جهتها كالإسلام والردة وإرضاءه أو الفسخ للإعسار بالمهر والنفقة أو فسخ أحدهما النكاح لعيب فلا متعه لها ، لأن الفرقة جاءت من جهتها ، ولهذا إذا وقع ذلك قبل الدخول سقط جميع المهر . وإن كان بسبب منهما ، فإن كان بالخلع ، فهو كالطلاق ، هذا نقل البغداديين

وقال المسعودى (لا متعه لها ، وإن كان رده منهما في حالة واحدة ففيه وجهان مضى ببيانهما في الصداق

(فرع) روى المزنى أن الشافعى رحمه الله قال (وأما امرأة العنين فلو شامت أقامت معه ولها المتعه - عندي ، قال المزنى هذا غلط عندي ، وقياس قوله لا متعه لأن الفرقة من قبلها

قال أصحابنا (اعتراض المزنى صحيح ، إلا أنه أخطأ في النقل ، وقد ذكرها الشافعى في الأم ، وقال ليس لها المتعه ، لأنها لو شامت أقامت معه ، وإنما أسقط المزنى (ليس)

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) والمستحب أن تكون المنة خادماً أو مقنعة أو ثلاثين درهماً ، لما روى عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال : يستحب أن يمتعها بخادم ، فإن لم يفعل فبثياب . وعن ابن عمر رضي الله عنه أنه قال : يمتعها بثلاثين درهماً ، وروى عنه قال : يمتعها بجارية ،

وفي الوجوب وجهان (أحدهما) ما يقع عليه اسم المال (والثاني) وهو المذهب أنه يقدرها الحاكم لقوله تعالى : ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ، وهل يعتبر بالزوج أو بالزوجة ، فيه وجهان (أحدهما) يعتبر بحال الزوج للآية (والثاني) يعتبر بحالها لأنه بدل عن المهر فاعتبر بها

(الشرح) قال الشافعي رضي الله عنه : ولا وقت فيها وأستحسن تقدير ثلاثين درهماً . وجملة ذلك أن الكلام في القدر المستحب في المنة وفي القدر الواجب . فأما المستحب فقد قال في القديم : يمتعها بقدر ثلاثين درهماً ، وقال في المختصر : استحسن قدر ثلاثين درهماً . وقال في بعض كتبه : استحسن أن يمتعها خادماً ، فإن لم يكن مقنعة فإن لم يكن فثلاثين درهماً . قال بعض أصحابنا : أراد المقنعة التي قيمتها أكثر من ثلاثين درهماً وأقل المستحب في المنة ثلاثون درهماً لما روى عن ابن عمر أنه قال : يمتعها بثلاثين درهماً ، وأخرج ابن جرير وابن المنذر وابن أبي حاتم عن ابن عباس قال : منة الطلاق أعلاها الخادم ودون ذلك الورق ودون ذلك الكسوة ،

وأما القدر الذي هو واجب ففيه وجهان : من أصحابنا من قال ما يقع عليه الاسم كما يجري ذلك في الصداق ، والثاني وهو المذهب أنه لا يجري ما يقع عليه الاسم بل ذلك إلى الحاكم وتقديره باجتهاده لقوله تعالى : ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ، فلو كان الواجب ما يقع عليه الاسم لما خالف بينهما ويخالف الصداق فإن ذلك يثبت بتراضيهما ، وهل الاعتبار بحال الزوج أو حال الزوجة ؟ فيه وجهان (أحدهما) الاعتبار بحال الزوج ، لأن المنة بدل عن المهر بدليل أنه لو كان هناك مهر لم تجب لها منة والمهر معتبر بحالها فكذلك المنة (والثاني) الاعتبار بحال الزوج لقوله تعالى : ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ، فاعتبر فيه حاله دون حالها . هذا مذهبنا والله أعلم بالصواب

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب الوليمة والنثر

الطعام الذي يدعى اليه الناس ستة : الوليمة للعرس ، والحرس للولادة ، والاعذار للاختان ، والوكيرة للبناء ، والنقيعة لقدم المسافر ، والمأدبة لغير سبب ويستحب ما سوى الوليمة لما فيها من إظهار نعم الله والشكر عليها ؛ واكتساب الأجر والمجبة ، ولا تجب ، لأن الإيجاب بالشرع ولم يرد الشرع بإيجابه . وأما وليمة العرس فقد اختلف أصحابنا فيها فمنهم من قال : هي واجبة وهو المنصوص لما روى أنس رضي الله عنه قال « تزوج عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه فقال له رسول الله (ص) : أولم ولو بشاة » ومنهم من قال : هي مستحبة لأنه طعام لحادث مرور ؛ فلم تجب كسائر الولائم ، ويكره النثر لأن التقاطه دناءة وسخف ، ولأنه يأخذه قوم دون قوم ويأخذه من غيره أحب .

(الشرح) حديث أنس رضي الله عنه رواه أحمد والبخاري ومسلم وأصحاب السنن الأربعة والدارقطني ونسبه « أن النبي (ص) رأى على عبد الرحمن بن عوف أثر صفرة فقال ما هذا ؟ قال : تزوجت امرأة على وزن نواة من ذهب قال : بارك الله لك أولم ولو بشاة » ولم يقل أبو داود « بارك الله لك » وقد روى أحمد والشيخان من حديث أنس قال « ما أولم النبي صلى الله عليه وسلم على شيء من نسائه ما أولم على زينب . أولم بشاة »

وعن أنس « أن النبي صلى الله عليه وسلم أولم على صفية بتمر وسويق » أخرجه أصحاب السنن إلا النسائي ، وأخرجه ابن حبان ، وأخرج البخاري مرسلًا عن صفية بنت شيبة « أولم النبي صلى الله عليه وسلم على بعض نسائه بمدين من شعير »

وعن أنس في قصة صفية أن النبي صلى الله عليه وسلم « جعل وليتها التمر والاقط والسمن » أخرجه الشيخان ، وفي رواية عندهما ومسندهما أحمد « أقام بين خيبر والمدينة ثلاث ليال يبنى بصفية فيدعون المسلمين إلى وليمته ما كان فيها خبز

ولا لحم وما كان فيهما إلا أن أمر بالانطاع فبسطت فالتقى عليها النمر والاقط
والسمن ، فقال المسلمون : إحدى أمهات المؤمنين أو ما ملكت يمينه ؟ فقالوا :
إن حجبتها فهي إحدى أمهات المؤمنين وإن لم يحجبها فهي عما ملكت يمينه ، فلما
ارتحل وطأ لها خلفه ومد الحجاب .

أما اللغات : فإن الوليمة مشتقة من الولم وهو الجمع ، لأن الزوجين يجتمعان
هكذا قال الأزهري ، وقال ابن الأعرابي : أصلها تمام الشيء واجتماعه وتقع على
كل طعام يتخذ لسرور وتستعمل في وليمة الأعراس بلا تقييد وفي غيرها مع التقييد
فيقال مثلاً وليمة مأدبة هكذا قال بعض الفقهاء وحكاها في الفتح عن الشافعي وأصحابه
وحكى المصنف وابن عبد البر عن أهل اللغة وهو المنقول عن الخليل وثناب ،
وبه جزم الجوهري وابن الأثير أن الوليمة هي الطعام في العرس خاصة ، قال ابن
رسلان : وقول أهل اللغة أقوى ، لأنهم أهل اللسان ، وهم أعرف بموضوعات
اللغة وأعرف بلسان العرب والحرس وزان قفل طعام يصنع للولادة ، والعذر
والإعذار لغة فيه يقال عذرت الغلام والجارية من باب ضرب أى خنتته وقد
يكون الإعذار خاص بالطعام في الحتان وعذرة الجارية بكارتها ، والوكيرة مأخوذة
من وكر الطائر وهو عشه ووكر الطائر يكر من باب وعد اتخذ وكرأ ، ووكر
صنع الوكيرة والنقيعة طعام يتخذ للقاء آدم من السفر ، وقد أطلقت النقيعة على
ما يصنع عند الإملاك وهو التزويج . وقال ابن بطال : النقيعة مأخوذة من النقم
وهو النحر يقال نقم الجزور إذا نحرها ، ونقم جيبه شقه قال المار :

نقم جيبين على حياً وأعدن المرائى والعويلا

وفي خبر تزويج خديجة بالنبي (ص) ، قال أبو خديجة وقد ذبحوا بقرة عند
ذلك ، ما هذه النقيعة ، وقد جمع الشاعر هذه الأطعمه المذكورة حيث قال .

كل الطعام تشتهى ربيعه الحرس والإعذار والنقيعه

وقال آخر :

إنا لنضرب بالسيوف رهوسهم ضرب القدار نقيعة القدام

والقدار الجزار والطعام الذي يتخذ يوم سابع الولادة يسمى العقيقة ،

ويسمى الطعام الذي يتخذ سبب ومن غير سبب مأدبه - بضم الدال ، وبفتحهم التأديب ، وفي الاثر الجوع مأدبه - الله في أرضه ، إذا ثبت هذا فقد أخذ بالوجوب المالكيه نقله القرطبي عن مذهبه ثم قال ، ومشهور المذهب أنها مندوبه ، وروى ابن التين الوجوب عن مذهب أحمد لكن الذي في المغني أنها سنه ، وكذلك حكى الوجوب الروياني في البحر عن أحد قولي الشافعي وحكاة ابن حزم عن أهل الظاهر ، وقال سليم الرازي إنه نص الام .

وحكى المصنف الوجوب عن نص الام ، وحكاة في فتح الباري عن بعض الشافعيه ، وبهذا يظهر ثبوت الخلاف في الوجوب ، وقد قال ابن بطال لا أعلم أحداً أوجبها وليس هذا صحيحاً ، وكذا قال ابن قدامة ، ومن جملة أدلة من أوجبها ما أخرجه الطبراني من حديث وحشى بن حرب مرفوعاً الوليمة حق وسنه فمن دعى اليها فلم يجب فقد عصي ، وأخرج أحمد من حديث بريدة قال لما خطب علي فاطمه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إنه لا بد للعروس من وليمة ، قال الحافظ وسنده لا بأس به ، وفي صحيح مسلم دشر الطعام الواجبه - ثم قال - وهو حق ، قال في الفتح . وقد اختلف السلف في وقتها هل هو عند العقد أو عقبه . أو عند الدخول أو عقبه ، وسيأتي بيان ذلك .

وحكى الشيخ أبو حامد في التعليل في الوليمة قولين وأكثر أصحابنا حكمهما وجهين ، أحدهما واجبه لحديث ، أولم ولو بشاة ، وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم أولم على صفية بسويق وتمر . ولأنه لما كانت الاجابه اليه واجبه كان فعلها واجباً . والثاني أنها تستحب ولا تجب لقوله صلى الله عليه وسلم ليس في المال حق سوى الزكاة ، ولأنه طعام عند حادث مرور فلم يكن واجباً كسائر الاطعمه وأما فعل النبي صلى الله عليه وسلم فمحمول على الاستحباب ، وأما ما ذكره من الاجابه فيبطل بالسلام فانه لا يجب ، واجابته واجبه ، وقد حكى الصيمري وجهاً ثالثاً أن الوليمة فرض على الكفايه ، فإذا فعلها واحد أو اثنان في الناحيه والقبيله وشاع في الناس وظهر سقط الفرض عن الباقيين ، وظاهر النص هو الاول ، وأقل المستحب في الوليمة للمتمكن شاة لحديث ، أولم ولو بشاة ، فان نقص عن ذلك جاز لوليمة صفية والسويق والتمر أقل من شاه في العادة .

وأما كراهة النثر فقد عقد في منتقى الأخبار له باباً دعاه (باب حجة من كره
النثر والانتهاج منه) وساق حديث زيد بن خالد أنه سمع النبي صلى الله عليه وسلم
ينهى عن النهبة والخلصة ، رواه أحمد وأحاديث في معناه عن عبد الله بن يزيد
الأنصاري وأنس بن مالك وعمران بن الحصين وحاصل ذلك أن النهي عن النهي
يقضى النهي عن انتهاج النثر ، وقد أورد الجويني والغزالي والقاضي حسين
حديثاً عن جابر ، أن النبي صلى الله عليه وسلم حضر في إملاك فأتى بأطباق فيها
جوز ولوز فنثرت فقبحضنا أيدينا فقال : مالك لا تأخذون ، فقالوا : إنك نهيت
عن النهي فقال : إنما نهيتكم عن نهي العساكر خذوا على اسم الله فتجاذبناه ، ولو
صح هذا الحديث لكان مخصصاً لعموم النهي وليكنه لم يصح عند المحققين حتى
قال الحافظ ابن حجر : إنه لا يوجد ضعيفاً فضلاً عن صحيح والجويني وإن كان
من أكابر العلماء فليس هو من علماء الحديث وكذلك الغزالي والقاضي حسين ،
وإنما هم من الفقهاء الذين لا يميزون بين الموضوع وغيره كما يعرف ذلك من له
أنسة بعلم السنة واطلاع على مؤلفات هؤلاء .

قلت : قد روى هذا الحديث البيهقي من معاذ بإسناد ضعيف منقطع ، ورواه
الطبراني من حديث عائشة عن معاذ وفيه بشر بن إبراهيم المفلوح ، قال ابن عدي
هو عدي بن بضع الحديث وساقه العقيلي من طريقه ثم قال : لا يثبت في الباب
شيء وأورده ابن الجوزي في الموضوعات ، ورواه أيضاً من حديث أنس وفي
إسناده خالد بن إسماعيل .

قال ابن عدي : يضع الحديث ، وقال غيره : كذاب ، وقد روى ابن أبي شيبه
في مصنفه عن الحسن والشعبي أنهما لا يريان به بأساً ، وأخرج كراهيته عن ابن
مسعود وإبراهيم النخعي وعكرمة : قال في البحر : والنثر بضم النون وكسرهما
ما ينثر في الشكاح أو غيره وهو مباح ، إذ ما نثره إلا بإباحته له ، وإنما يكره لمنافاته
المروءة والوقار .

وقد قال الشافعي في نثر السكر واللوز والجوز لو ترك كان أحب إلى لأنه
يؤخذ بحبسه ونهيه ، ولا ينبغي لي أنه حرام . وجملة ذلك أن نثر السكر واللوز

والجوز والزيت والدراهم والدنانير وغير ذلك يكره : وروى أن أبا مسعود الأنصاري رضي الله عنه كان إذا نثر للصبيان يمنع صبيانه عن التقاطه ، وبه قال عطاء وعكرمة وابن سيرين وابن أبي ليلى .

وقال أبو حنيفة والحسن البصري وأبو عبيد وابن المنذر : لا يكره . وقال القاضى أبو القاسم الصيمري : يكره التقاطه ، وأما النثر نفسه فمستحب ، وقد جرت العادة للسلف به ، وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم لما زوج علياً رضي الله عنه فاطمة عليها السلام نثر عليهما ، والأول هو المشهور ، والدليل عليه أن النثار يؤخذ نهيته ويزاحم عليه ، وربما أخذه من يكرهه صاحبه ، وفي ذلك دناءة وسقوط مروءة ، وما ذكره الصيمري غير صحيح لأنه لا فائدة في نثاره إذا كان يكره التقاطه ، فإن خالف ونثر فالتقط رجل فهل للذي نثره أن يستر جمعه ، فيه وجهان حكاهما الداركي .

(أحدهما) أن يستر جمعه لأنه لم يوجد منه لفظ يملك به .

(والثاني) ليس له أن يستر جمعه - وهو اختيار المسعودي - لأنه نثر للملك بحكم العادة . قال المسعودي لو وقع في حجر رجل كان أحق به ، فلو التقطه آخر من حجره أو قام فسقط من حجره فهل يملكه الملتقط ، الصحيح أنه لا يملكه ، قال الشيخ أبو حامد ، وحكى أن أعرابياً تزوج فنثر على رأسه زيباً فأنشأ يقول :

ولما رأيت السكر العام قد غلا وأيقنت أنى لا محالة ناكح
نثر على رأسى الزبيب لصحبتي وقلت : كلوا كل الحلاوة صالح

قال أبو العباس بن سريج : ولا يكره للمسافر بن أن يخطوا زادهم فيأكلوا ، وإن أكل بعضهم أكثر من بعض بخلاف النثار يؤخذ بقتال وازدحام بخلاف الزاد ، قال القاضى أبو الطيب السكتب التي يكتبها الناس بعضهم إلى بعض ؛ قال أصحابنا لا يملكها المحمولة اليهم وليكن لهم الانتفاع بها بحكم العادة ، لأن العادة جرت بإباحة ذلك والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ومن دعى إلى وليمة وجب عليه الإجابة لما روى ابن عمر (رض)

أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إذا دعى أحدكم إلى وليمة فليأتها ، ومن أصحابنا من قال هي فرض على الكفاية ، لأن القصد إظهارها ، وذلك يحصل بمحض ور البعض ، وإن دعى مسلم إلى وليمة ذمى ففيه وجهان (أحدهما) تجب الإجابة للآخر (والثاني) لا تجب ، لأن الإجابة للتواصل ، واختلاف الدين يمنع التواصل وإن كانت الوليمة ثلاثة أيام أجاب في اليوم الأول والثاني وتكره الإجابة في اليوم الثالث ، لما روى أن سعيد بن المسيب رحمه الله دعى مرتين فأجاب ثم دعى الثالثة لحضب الرسول .

وعن الحسن رحمه الله أنه قال : الدعوة أول يوم حسن ، والثاني حسن ، والثالث رياء وسمعة ، وإن دعاه إثنان ولم يمكنه الجمع بينهما أجاب أسبقهما لحق السبق ، فإن استويا في السبق أجاب أقربهما رحماً ، فإن استويا في الرحم أجاب أقربهما داراً لأنه من أبواب البر فكان التقديم فيه على ما ذكرناه كصدقة التطوع فإن استويا في ذلك أفرع بينهما لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر فقدم بالقرعة .

(الشرح) حديث ابن عمر أخرجه أحمد والبخاري ومسلم وألفظه : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : أجيبوا هذه الدعوة إذا دعيت لها ، وكان ابن عمر يأتي الدعوة في العرس وغير العرس ويأتيها وهو صائم ، وفي رواية : إذا دعى أحدكم إلى الوليمة فليأتها ، ورواه أبو داود وزاد : فإن كان مفطراً فليطعم ، وإن كان صائماً فليدع ، وفي رواية : من دعى فلم يجب فقد عصى الله ورسوله ، ومن دخل على غير دعوة دخل سارقاً وخرج مغيراً ، رواه أبو داود . وفي رواية عند أحمد ومسلم وأبي داود : إذا دعا أحدكم أخاه فليجب ، وفي لفظ : من دعى إلى عرس أو نحوه فليجب ، وفي لفظ : إذا دعى أحدكم إلى وليمة عرس فليجب ، رواها مسلم وأبو داود .

وعن أبي هريرة قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إذا دعى أحدكم فليجب ، فإن كان صائماً فليصل وإن كان مفطراً فليطعم ، رواه أحمد ومسلم وأبو داود ، وفي لفظ : إذا دعى أحدكم إلى الطعام وهو صائم فليقبل إلى صائم ، رواه أحمد ومسلم وأصحاب السنن إلا النسائي . وقد أخرج مسلم من حديث

أبي هريرة رضي الله عنه قال . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : شر الطعام طعام الوليمة يمتنعها من يأتيها ويدعى إليها من بأبائها ، ومن لم يجب الدعوة فقد عصى الله ورسوله ،

أما الأحكام فهل يجب الإجابة على من دعى إلى وليمة عرس ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يجب عليه الإجابة وبه قال مالك وأحمد ، لأن الشافعي قال : ولو أن رجلاً أتى رجلاً وقال : إن فلاناً اتخذ دعوة وأمرني أن أدعو من شئت ، وقد شئت أن أدعوك لا يلزمه أن يجيب (والثاني) وهو المذهب أنه يلزمه أن يجيب لما روى أن النبي (ص) قال : من دعى إلى وليمة ولم يجب فقد عصى أبا القاسم ، قال العمراني وما احتج القائل به من كلام الشافعي رحمه الله فلا حجة فيه ، لأن صاحب الطعام لم يدعه . إذا ثبت أن الإجابة واجبة فهل يجب على كل من دعى أو هي فرض على الكفاية ؟ فيه وجهان (أحدهما) أنها فرض على الكفاية ، فإذا أجابه بعض الناس سقط الفرض عن الباقين ، لأن القصد أن يعلم ذلك ويظهر وذلك يحصل بإجابة البعض (والثاني) يجب على كل من دعى لعموم قوله صلى الله عليه وسلم : من دعى فلم يجب فقد عصى أبا القاسم . وكذلك عموم سائر الأخبار وأما إذا دعى إلى وليمة غير العرس فذكر ابن الصباغ أن الإجابة لا يجب عليه قولاً واحداً ، لأن وليمة العرس أكد . ولهذا اختلف في وجوبها فوجب الإجابة اليها وغيرها لا يجب بالاجماع فلم يجب الإجابة اليها

وذكر الشيخ أبو حامد في التعليق والمحامي أنها كوليمة العرس في الإجابة اليها وهو الظاهر لحديث : من دعى فلم يجب فقد عصى أبا القاسم ، وهذا نقل أصحابنا البغداديين . وقال المسعودي إذا دعى لقرى لم يجب الإجابة ، وإن دعى إلى حفل بأن فتح الباب لكل من يدخل فلا يلزمه ، وإن خصه بالدعوة مع أهل حرفته فيلزمه ، ولو لم يجب فهل يعصى ؟ فيه وجهان

(فرع) إذا دعى إلى وليمة كنيابى - وقلنا يجب عليه الإجابة إلى وليمة المسلم - فهل يجب عليه الإجابة إلى وليمة الكنيابى . فيه وجهان (أحدهما) يجب عليه الإجابة لعموم الأخبار (والثاني) لا يجب عليه الإجابة لأن النفس تعاف

من أكل طعامهم ، ولأنهم يستحلون الربا ، ولأن الإجابة إنما جمعت لتأكيد الأخوة والمرواة ، وهذا لا يوجد في أهل الذمة

(فرع) إذا جاءه الداعي فقال : أمرني فلان أن أدعوك فأجب لزمه الإجابة وإن قال أمرني فلان أن أدعو من شئت أو من لقيت فاحضر لم تلزمه الإجابة . قال الشافعي رحمه الله : بل أستحب له أن يحضر إلا من عذر ، والأعذار التي يسقط معها فرض الإجابة أن يكون مريضاً أو قبيحاً مريضاً أو بميت ؛ وبإطفاء حريق أو يخاف ضياع ماله أو له في طريقه من يؤذيه ، لأن هذه الأسباب أعذار في حضور الجماعة وفي صلاة الجمعة ، ففي هذا أولى

(فرع) وإن كانت الوليمة ثلاثة أيام فدعى في اليوم الأول وجب عليه الإجابة ، وإن كان دعا في اليوم الثاني لم تجب عليه الإجابة ولكن يستحب له أن يجيب ، وإن دعى في اليوم الثالث لم يستحب له أن يجيب بل يكره له لما روى أن النبي (ص) قال : الوليمة في اليوم الأول حق ، وفي الثاني معروف ، وفي اليوم الثالث رياء وسمعه ، رواه أحمد وأبو داود عن قتادة عن الحسن عن عبد الله بن عثمان الثقفي عن رجل من ثقيف يقال : إن له معروفاً وأثنى عليه ، ورواه الترمذي من حديث ابن مسعود وابن ماجه من حديث أبي هريرة . وروى أن سعيد بن المسيب دعى مرتين فأجاب ودعى في اليوم الثالث فخصب الرسول .

(فرع) إذا دعاه اثنان إلى وليمتين - فإن سبق أحدهما - قدم إجابته ، وإن لم يسبق أحدهما أجاب أقربهما إليه داراً لما روى أن النبي (ص) قال : إذا اجتمع داعيان فأجب أقربهما إليك باباً ، فإن أقربهما باباً أقربهما جواراً ، فإن سبق أحدهما فأجب الذي سبق ، هكذا ذكر المحاملي وابن الصباغ . وذكر الشيخ أبو إسحاق أنها إذا تساويا في السبق أجاب أقربهما رحماً ، فإن استويا في الرحم أجاب أقربهما داراً ، وإذا ثبت الخبر فأقربهما داراً أولى ، لأنه لم يفرق بين أن يكون أقربهما رحماً أو أبعد ، فإن استويا في ذلك أقرب بينهما لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن دعى إلى موضع فيه دف أجاب ، لأن الدف يجوز في الوليمة

لما روى محمد حاطب قال . قال رسول الله (ص) : فصل ما بين الحلال والحرام
الدف ، فان دعى الى موضع فيه منكر من زمر أو خمر - فان قدر على إزالته -
لزمه أن يحضر لوجوب الاجابة ولازالة المنكر ، وان لم يقدر على إزالته لم يحضر
لما روى : أن رسول الله (ص) نهى أن يجلس على مائدة تدار فيها الخمر ، وروى
نافع قال : كنت أسير مع عبد الله بن عمر رضى الله عنهما فسمع زمارة راع فوضع
أصبعيه في أذنيه ، ثم عدل عن الطريق ، فلم يزل يقول يا نافع أسمع ؟ حتى قامت
لا فخرج أصبعيه عن أذنيه ثم رجع الى الطريق ثم قال : هكذا رأيت رسول الله
صلى الله عليه وسلم صنع ،

وان حضر في موضع فيه تماثيل - فان كانت كالشجر - جلس ، وان كانت
على صورة حيوان - فان كانت على بساط يداس أو نحوه يتسكا عليها - جلس .
وان كانت على حائط أو ستر معلق لم يجلس ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه
قال . قال رسول الله (ص) : أتاني جبريل (ص) فقال أتيتك البارحة فلم يمنعني
أن أكون دخلت الا أنه كان على الباب تماثيل ، وكان في البيت قرام ستر فيه
تماثيل ، وكان في البيت كلب ، فشره برأس التماثيل التي كانت في باب البيت
يقطع فتصير كهيئة الشجرة ، وممر بالستر فليقطع منه وساداتان متبوذتان
توطآن ، ومر بالكل فليخرج ، ففعل رسول الله (ص) ذلك ، ولأن ما كان
كالشجر فهو كالكتابة والنقوش ، وما كان على صورة الحيوان على حائط أو ستر
فهو كالصنم ، وما يوطأ فليس كالصنم لانه غير معظم

(الشرح) حديث محمد بن حاطب رواه أصحاب السنن الا أبا داود وقد حسنه
الترمذى . قال ومحمد قد رأى النبي (ص) وهو صغير ، وأخرجه الحاكم .

وأما حديث النهى عن الجلوس على مائدة الخمر فقد أخرجه أبو داود من
حديث ابن عمر باللفظ : نهى رسول الله (ص) عن الجلوس على مائدة يشرب عليها
الخمر وأن يأكل وهو منبطح ، وأخرجه النسائي والحاكم وهو من رواية جعفر بن
برقان عن الزهري ولم يسمع منه ، ومن ثم فقد أعله أبو داود والنسائي وأبو حاتم
بذلك . ولكن أحمد والترمذى والحاكم رووا عن جابر مرفوعاً من كان يؤمن

بالله واليوم الآخر فلا يقعد على مائدة يدار عليها الخمر ، وأخرجه أيضاً الترمذى من طريق ليث بن أبي سليم عن طاوس عن جابر . وقال الحافظ بن حجر إسناده جيد . وأخرج نحوه البزار من حديث أبي سعيد والطبرانى من حديث ابن عباس وعمران بن حصين .

وأخرج أحمد فى مسنده عن عمر قال : سمعت رسول الله (ص) يقول : من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يقعد على مائدة يدار عليها الخمر ، ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يدخل الحمام إلا بإزار . ومن كانت تؤمن بالله واليوم الآخر فلا تدخل الحمام ، ورواه الترمذى بمعناه عن جابر وقال : حسن غريب . أما حديث أبي هريرة فقد أخرجه أحمد وأبو داود والترمذى وصححه والنسائى بالحفظ . أتانى جبريل فقال : إني كنت أتيتك الليلة فلم يمنعنى أن أدخل البيت الذى أنت فيه إلا أنه كان فيه تمثال رجل وكان فى البيت قرام ستر فيه تماثيل ، وكان فى البيت كلب فرأس التمثال الذى فى باب البيت يقطع بصير كهيئة الشجرة ، وأمر بالستر يقطع فيجعل وسادتين متبذتين توطآن ، وأمر بالكلب يخرج ففعل رسول الله صلى الله عليه وسلم : وإذا الكلب جرو ، وكان للحسن والحسين تحت نضد لهم ، وبوافق هذا الحديث ما أخرجه الشيخان وأبو داود والترمذى والنسائى عن أبي طلحة الأنصارى قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا تدخل الملائكة بيتاً فيه كلب ولا تماثيل ، وزاد أبو داود والنسائى عن علي مرفوعاً : ولا جنب ،

أما اللغات : فالدف لعله من دف الطائر يدف ، وبابه ضرب حرك جناحيه لطيرانه ، أى ضرب دفيه وهما جنباه ، فالدف بضم الدال وفتحها الذى يلعب به والجمع دفوف والدف عند العرب على شكل غربال خلا أنه بغير ثقب وقطره إلى أربعة أشبار . والزمارة هى آلة الزمر ، وزمر زمرأ من باب ضرب وزميراً أيضاً ، ويزمر بالضم لغة حكاها أبو زيد ، ورجل زمار ، قالوا ولا يقال زامر . وامرأة زامرة ولا يقال زمارة ، والزمارة بالكسر هو صوت النعام ، وقد زمر النعام يزمر ، والقرام ككتاب ، الستر الرقيق ، وبعضهم يزيد : وفيه رقم ونقوش والتمثال تفعال من المماثلة وهى المشابهة كالصور المشبهة بالحيوان وغيرها .

أما الأحكام فإنه يجوز ضرب الدف في العرس لحديث : فصل ما بين الحلال والحرام الدف .

وأقل ما يفيد هذا الحديث هو النـدب ، ويؤيد ذلك ما في حديث المـازني عمرو بن يحيى عن جده أبي الحسن ، أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يكره نكاح السر حتى يضرب بـدف ويقال : أتيناكم أتيناكم خيـاناً وحيـاكم ، رواه ابن ماجه . قال في الفتـح : في رواية شريك : فقال : فهل بعثتم جارية تضرب بالدف وتغنى . قلت ماذا ، قال تقول :

أتيناكم أتيناكم خيـاناً وحيـاكم
ولولا الذهب الأحمر ما حلت بواديكم
ولولا الحنطة السمراء ما سمعت عذارىكم

فإذا دعي إلى وليمة فيها دف أجاب ، وإن دعي إلى وليمة فيها منكر من خمر أو مزامير فضـلا عن الراقصات والمغنيات وما أشبه ذلك ، فإن علم بذلك قبل الحضور ، فإن كان قادراً على إزالته إزمه أن يحضر لوجوب الإجابة وإزالة المنكر ، وإن كان غير قادر على إزالته لم يلزمه الإجابة ولم يستحب له الحضور . بل ترك الحضور أولى ، فإن حضر ولم يشارك في المنكر لم يآثم ، وإن لم يعلم به حتى حضر فوجده ، فإن قدر على إزالته وجب عليه الإزالة ، لأنه أمر بمعروف ونهي عن منكر . وإن لم يقدر على إزالته فالأولى له أن ينصرف لحديث النهي عن أن يجلس على مائدة تدار عليها الخمر

فإن لم ينصرف — فإن قصد إلى سماع المنكر آثم بذلك — وإن لم يقصد إلى استماعه بل سمعه من غير قصد لم يآثم بذلك لخبر نافع وابن عمر حتى قال : هكذا رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم صنع ،

فوضع الدليل أن ابن عمر لم ينكر على نافع سماعه . ولأن رجلاً لو كان له جار في داره منكر ولا يقدر على إزالته فإنه لا يلزمه التحول من داره لاجل المنكر .

فإن دعى إلى موضع فيه تصاوير - فإن كان صور مالا روح فيها كالشمس والقمر والأشجار جلس سواء كانت معلقة أو مبسوطة ، لأن ذلك يجري مجرى النقوش ، وإن كان صور حيوان - فإن كان على بساط أو مخاد توطأ أو يتسكأ عليها فلا بأس أن يحضر ، لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى ستراً معلقاً في بيت عائشة أم المؤمنين عليه صور حيوان فقال صلى الله عليه وسلم : اقطعيه مخاداً ، ولأنه يبتذل ويهان ، وإن كان على ستور معلقة فقد قال عامة أصحابنا : لا يجوز له الدخول اليها لما روى على قال : أحدثت طعاماً فدعوت النبي (ص) فلما أتى الباب رجع ولم يدخل ، وقال : لا أدخل بيتاً فيه صور ، فإن الملائكة لا تدخل بيتاً فيه صور . وقيل إن أصل عبادة الأوثان كانت الصور .

قال في البيان : وذلك أن آدم صلوات الله عليه لما مات جعل في تابوت فكان بنوه يعظمونه ، ثم افترقوا فحصل قوم منهم في ذروة جبل وقوم منهم في أسفله وحصل التابوت مع أهل الذروة فلم يقدر من في أسفله على الصعود اليهم فاشتد عليهم ذلك فصوروا مثاله من حجارة وعظموه ، فلما طال الزمان ونشأ من بعدهم رأوا آباءهم يعظمون تلك الصور فظنوا أنهم كانوا يعبدونها من دون الله فعبدوها وإذا كان هذا هو السبب وجب أن يكون محرماً .

وقال ابن الصباغ هذا عندي لا يكون أكثر من المنكر مثل الخمر والملاهي وقد جوزوا له الدخول إلى الموضع التي هي فيه ، سواء قدر على إزالتها أو لم يقدر وما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم فلا يدل على التحريم ؛ بل يدل على الكراهة ، وما روى عن الملائكة يحتمل أن يكون في ذلك الزمان ، لأن الأصنام كانت تعظم فيه والتماثيل ، وأما الزمان الذي لا يعتقد فيه شيء من ذلك فلا يجري مجراه . اهـ

وقال الشافعي رضي الله عنه في الامم : فإن كانت المنازل مستترية فلا بأس أن يدخلها ، ليس فيه شيء أكرهه سوى السرف ، لما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال لا نستر الجدر ، ولأن في ذلك سرفاً فيكره لمن فعله دون من يدخل إليه .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ومن حضر الطعام - فإن كان مفطراً - ففيه وجهان (أحدهما) يلزمه أن يأكل ، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه ، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إذا دعى أحدكم إلى طعام فليجب ، فإن كان مفطراً فليأكل ، وإن كان صائماً فليصل ، (والثاني) لا يجب لما روى جابر رضي الله عنه قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إذا دعى أحدكم إلى طعام فليجب ، فإن شاء طعم وإن شاء ترك ، وإن دعى وهو صائم لم تسقط عنه الإجابة للخبر ، ولأن القصد التيسير والتبرك بحضوره ، وذلك يحصل مع الصوم ، فإن كان الصوم فرضاً لم يفطر لقول النبي صلى الله عليه وسلم : وإن كان صائماً فليصل ، وإن كان تطوعاً فالمستحب أن يفطر ، لأنه يدخل السرور على من دعاه ، وإن لم يفطر جاز لأنه قرينة فلم يلزمه تركها ، والمستحب لمن فرغ من الطعام أن يدعو لصاحب الطعام . لما روى عبد الله بن الزبير رضي الله عنه قال : أفطر رسول الله صلى الله عليه وسلم عند سعد ابن معاذ رضي الله عنه ، فقال : أفطر عندكم الصائمون ، وصالت عليكم الملائكة وأكل طعامكم الأبرار .

(الشرح) حديث أبي هريرة رواه أحمد ومسلم وأبو داود بلفظ : إذا دعى أحدكم فليجب ، فإن كان صائماً فليصل ، وإن كان مفطراً فليطعم ، وقد مضى وحديث جابر أخرجه أحمد ومسلم وأبو داود وابن ماجه وقال فيه : وهو صائم ، أما حديث افطار الرسول صلى الله عليه وسلم عند سعد بن معاذ فقد رواه ابن ماجه عن عبد الله بن الزبير رضي الله عنهم ، وروينا في سنن أبي داود وغيره عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم جاء إلى سعد بن عباد رضي الله عنه بخبز وزيت فأكل ثم قال النبي صلى الله عليه وسلم : أفطر عندكم الصائمون ، وأكل طعامكم الأبرار ، وصالت عليكم الملائكة .

قال النووي في الأذكار : قلت : فهما قضيتان جرتا لسعد بن عباد وسعد ابن معاذ ، وروينا في سنن أبي داود عن رجل عن جابر قال صنع أبو الهيثم بن

التيهان للنبي صلى الله عليه وسلم طعاماً فدعا النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه ،
فلما فرغوا قال أنبيوا أخاكم ، قالوا : يا رسول الله وما إثابته قال : إن الرجل
إذا دخل بيته فأكل طعامه وشرب شرابه فدعوا له فذلك إثابته .

أما اللغات فقولہ : فليصل . قال ابن بطال : أي فليدع ، والصلاة هنا الدعاء
لأرباب الطعام بالمغفرة والبركة ، وقوله : وصلت عليه الملائكة أي استغفرت
لكم والصلاة من الله الرحمة ومن الملائكة الاستغفار ومن الناس الدعاء .

أما الأحكام : فإذا حضر المدعو إلى طعام — فلا يخلو إما أن يكون صائماً
أو مفطراً — فإن كان صائماً نظرت ، فإن كان الصوم فرضاً فإنه يجب عليه
الإجابة ولا يجب عليه إلا كل ، لقوله صلى الله عليه وسلم : فليجب فإن كان مفطراً
فليأكل ، وإن كان صائماً فليدع ، أو فليصل ، والصلاة الدعاء وليقل : إني صائم
لما روى أن ابن عمر دعى إلى طعام وهو صائم فلما حضر مد يده فلما مد الناس
أيديهم قال : بسم الله كلوا إني صائم ، وإن كان صوم تطوع استحب أن يفطر
لأنه مخير فيه بين الأكل والإتمام ، وفي الإفطار إدخال المسرة على صاحب الولية
فإن لم يفطر جاز لقوله صلى الله عليه وسلم : وإن كان صائماً فليدع ، ولم يفرق ،
وإن كان المدعو مفطراً فهل يلزمه الأكل ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) يلزمه أن يأكل لما روى أبو هريرة مرفوعاً : فإذا دعى أحدكم
إلى طعام فليجب ، فإن كان مفطراً فليأكل ، وإن كان صائماً فليصل ، ولأن
الإجابة المقصود منها الأكل فكان واجباً ،

(والثاني) لا يجب عليه إلا كل لما روى جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله
عليه وسلم قال : إذا دعى أحدكم إلى طعام فليجب ، فإن شاء فليأكل : وإن شاء
ترك ، ولأنه لو كان واجباً لوجب عليه ترك التطوع لأنه ليس بواجب ، ولأن
التكثير والتبرك يحصل بحضوره وقد حضر .

(فرع في آداب الطعام) روى عن أنس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم
قال : بركة الطعام الوضوء قبله والوضوء بعده ، يريد بذلك غسل اليد ، وروت
عائشة أم المؤمنين عليها السلام أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إذا حضر الأكل

إلى أحدكم فليذكر اسم الله ، فإن نسي أن يذكر اسم الله في أوله فليقل : بسم الله في أوله وآخره ، وروى أبو جحيفة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إذا أكل أحدكم فلا يأكل من أعلا القصعة ، وإنما يأكل من أسفلها ، فإن البركة تنزل في أعلاها ، وروى ابن عمر رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا يأكل أحدكم بشماله : ولا يشرب بشماله ، فإن الشيطان يفعل ذلك وروى أبو هريرة أن النبي (ص) ما عاب طعاما قط إن اشتهاه أكله وإن كرهه تركه . وروى أنس عن النبي صلى الله عليه وسلم : إن الله ليرضى على العبد أن يأكل الأكلة أو يشرب الشربة فيحمد الله عليها . ويستحب أن يدهو لصاحب الطعام لما روى ابن الزبير أن النبي صلى الله عليه وسلم أفطر عند سعد بن معاذ فقال : أفطر عندكم الصائمون وصات عليكم الملائكة وأكل طعامكم لا يبرار . والله تعالى الموفق للصواب وهو حسبنا ونعم الوكيل .

قال المصنف رحمه الله :

باب عشرة النساء والقسم

إذا تزوج امرأة - فإن كانت ممن يجامع مثلها - وجب تسليمها بالعقد إذا طلب ، ويجب عليه تسليمها إذا عرضت عليه ، فإن طالب بها الزوج فسألت الإنظار أنظرت ثلاثة أيام ، لأنه قريب ولا تنظر أكثر منه لأنه كثير ، وإن كانت لا يجامع مثلها لصغر أو مرض يرجى زواله لم يجب التسليم إذا طلب الزوج ولا القسم إذا عرضت عليه ، لأنها لا تصالح الاستمتاع ، وإن كانت لا يجامع مثلها لمعنى لا يرجى زواله بأن كانت نضوة الحلق أو بها مرض لا يرجى زواله ، وجب التسليم إذا طلب ، والتسليم إذا عرضت عليه ، لأن المقصود من مثلها الاستمتاع بها في غير الجماع .

(فصل) وإن كانت الزوجة حرة وجب تسليمها ليلا ونهاراً لأنه لا حق لغيرها عليها ، وللزوج أن يسافر بها لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يسافر بنسائه

ولا يجوز لها أن تسافر بغير إذن الزوج لأن الاستمتاع مستحق له ، فلا يجوز تفويته عليه ، وإن كانت أمة وجب تسليمها بالليل دون النهار ، لأنها مملوكة عقد على إحدى منفعتيها فلم يجب التسليم في غير وقتها ، كما لو أجزاها لخدمة النهار ، وقال أبو إسحاق إن كان بيدها صنعة كالغزل والنسج وجب تسليمها بالليل والنهار لأنه يمكنها العمل في بيت الزوج ، والمذهب الأول لأنه قد يحتاج اليها في خدمة غير الصنعة ، ويجوز للمولى بيعها لأن النبي صلى الله عليه وسلم أذن لعائشة رضي الله عنها في شراء بريرة ، وكان لها زوج ، ويجوز له أن يسافر بها لأنه يملك بيعها فملك السفر بها كغير المزوجة .

(فصل) ويجوز للزوج أن يجبر امرأته على الغسل من الحيض والنفاس لأن الوطء يقف عليه ، وفي غسل الجنابة قولان .

(أحدهما) له أن يجبرها عليه ، لأن كمال الاستمتاع يقف عليه لأن النفس تعاف من وطء الجنب .

(والثاني) ليس له أن يجبرها لأن الوطء لا يقف عليه ، وفي التنظيف والاستحداد ، وجهان (أحدهما) يملك إجبارها عليه لأن كمال الاستمتاع يقف عليه (والثاني) لا يملك إجبارها عليه لأن الوطء لا يقف عليه ، وهل له أن يمنعها من أكل ما يتأذى برائحتها ؟ فيه وجهان .

أحدهما : له منعها لأنه يمنع كمال الاستمتاع .

والثاني : ليس له منعها لأنه لا يمنع الوطء ، فإن كانت ذمية فله منعها من السكر ، لأنه يمنع الاستمتاع لأنها تصير كالزق المنفوخ ، ولأنه لا يأمن أن نجس عليه ؛ وهل له أن يمنعها من أكل لحم الخنزير ؟ وشرب القليل من الخمر ؟ فيه ثلاثة أوجه (أحدها) يجوز له منعها ، لأنه يمنع كمال الاستمتاع (والثاني) ليس له منعها لأنه لا يمنع الوطء (والثالث) وهو قول أبي علي بن أبي هريرة : أنه ليس له منعها من لحم الخنزير ، لأنه لا يمنع الوطء وله منعها من قليل الخمر ، لأن السكر يمنع الاستمتاع ، ولا يمكن التمييز بين ما يسكر وبين ما لا يسكر مع اختلاف الطباع ؛ فمنع من الجميع .

(الشرح) اللغات : القسم بفتح القاف مصدر قسمته وبابه ضرب فذرت

أجزاء فانقسم والموضع مقسم كسجد والفاعل قاسم والمبالغة قسّام والاسم القسم بكسر القاف والجمع أقسام مثل حمل وأحمال .

قوله : الانظار ، أى القاخير . قال : أنظرني إلى يوم يبعثون ، قوله : نضوة الخلق ، بكسر النون وسكون الضاد وسكون اللام . أى هزيلة البدن ، والنضو الثوب الخلق . قوله : الاستعداد ، هو حلق العانة استعدادا من الحديد

أما الأحكام ، فإذا تزوج الرجل امرأة كبيرة أو صغيرة يمكن جماع مثلها بأن تكون ابنة ثمان سنين أو تسع ، وسلم مهرها وطلب تسليمها ، وجب تسليمها إليه لما روى عن عائشة رضى الله عنها قالت : تزوجني رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا بنت سبع سنين وبني بي وأنا ابنة تسع سنين

وإن طلبت المرأة أو ولي الصغيرة من الزوج الإمهال لإصلاح حال المرأة فقد قال الشافعي رحمه الله : يؤخر يوما ونحوه ولا يجاوز بها الثلاث .

وحكى الشيخ أبو حامد أن الشافعي رحمه الله في الإملاء قال : إذا دفع مهرها أو مثلها بجامع فله أن يدخل بها ساعة دفع إليها المهر أحبوا أو كرهوا ، واختاف أصحابنا فيها ، فقال الشيخ أبو حامد : يجب على الزوج الإمهال يوما واحدا ، وما قال في الإملاء أراد به بعد الثلاث

وقال القاضي أبو حامد : هل يجب عليه الإمهال ؟ فيه قولان (أحدهما) لا يجب عليه الإمهال لأنه قد تسلم العوض فوجب تسليم المعوض كالبيع (والثاني) يجب عليه الإمهال لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا تطرقوا النساء ليلا ، رواه أحمد والبخاري ومسلم من حديث جابر . وعنه أيضا عندهم : كنا مع النبي صلى الله عليه وسلم في غزوة فلما قدمنا ذهبنا لندخل فقال : امهلوا حتى ندخل ليلا أى عشاء لكي تمشط الشعثة وتستحد المغيبة ،

وعن جابر أيضا : نهى النبي صلى الله عليه وسلم أن يطرق الرجل أهله ليلا يتخونهم أو يطلب عثراتهم ، رواه مسلم . وعن أنس قال : إن النبي صلى الله عليه وسلم كان لا يطرق أهله ليلا ، وكان يأتيهم غدوة أو عشية ، وقال في المغني للحنابلة إذا تزوج امرأة مثلها يوطأ فطلب تسليمها إليه وجب ذلك ، وإن عرضت نفسها عليه لزمه تسليمها ووجبت نفقتها . وإن طلبها فسألت الانظار أنظرت مدة جرت

العادة أن تصلح أمرها فيها كاليومين والثلاثة ، لأن ذلك يسير جرت العادة بمثله
ثم ساق حديث النهي عن الطروق ليلاً ، ثم قال : فمنع من الطروق وأمر بإيهالها
لتصلح أمرها مع تقدم محبته لها فههنا أولى . اهـ

قلت : ولا يجب عليه الإيهال أكثر من ثلاثة أيام ، وإن كانت المنكوحة
صغيرة لا يجامع مثلاً أو مريضة مرضاً يرجى زواله وطالب الزوج بها لم يجب
تسليمها إليه ، لأن المعقود عليه هو المنفعة ، وذلك لا يوجد في حقها ، ولأنه
لا يؤمن أن يحمله فرط الشهوة على جماعها ، فيوقع ذلك جنابة بها ، وإن عرضت
على الزوج لم يجب عليه تسليمها إذا طالب بها لما ذكرناه ، ولأنها تحتاج إلى حضانة
والزوج لا يجب عليه حضانة زوجته

وإن كانت المرأة نضوة من أصل الخلق بأن خلقت دقيقة العظام قابلة اللحم
وطالب الزوج تسليمها وجب تسليمها إليه ، فإن كان يمكن جماعها من غير ضرر
بها كان له ذلك ، وإن كان لا يمكن جماعها إلا بالاضرار بها لم يحز له جماعها ، بل
يستمتع بما دون فرجها ، ولا يثبت له الخيار في فسخ النكاح ، والفرق بينهما وبين
القرناء والرتقاء أن تعذر الجماع في القرناء والرتقاء من جهتها ، ولهذا لا يتمكن
أحد من جماعها ، وههنا العذر من جهته وهو كبر خلقته . ولهذا لو كان مثلاً أمكنه
جماعها ، وهكذا إن كانت مريضة مرضاً لا يرجى زواله فحكمه حكم نضوة الخلقة
فإن أفضها منع من وطئها حتى يلتئم الجرح ؛ فإن اختلفا قادهى الزوج أنه قد للتمام
الجرح التثاماً لا يخاف عليها منه ، وادعت الزوجة أنه لم يلتئم قال قول قولها مع
يمينها لأنها أعلم بذلك

(مسألة) للزوج أن يجبر زوجته على الغسل من الحيض والنفاس مسلسلة
كانت أو فميمة ، لأنه يمنع الاستمتاع الذي هو حق له فملك إجبارها على إزالة
ما يمنع حقه ، وإن احتاجت إلى شراء الماء فثمنه عليه لأنه لحقه : وإله إجبار
المسلسلة البالغة على الغسل من الجنابة لأن الصلاة واجبة عليها ، ولا تتمكن منها
إلا بالغسل . فأما الذمية ففيها قولان في الجنابة (أحدهما) أنه إجبارها عليه لأن
قال الاستمتاع يتوقف عليه ، فإن النفس تعافى من لا يغتسل من جنابة ، وهو

إحدى الروایتین عن أحمد (والثاني) ليس له إجبارها ، وهو قول مالك والثوري وأبي حنيفة وإحدى الروایتین عن أحمد ، لأن الوطء لا يتوقف عليه فإنه يباح بدونه ، وفي الغسل من الحيض والنفاس قال أبو حنيفة : ليس له إجبار الذميمة . (فرع) وهل له أن يجبرها على قص الاظفار وحلق العانة ؟ ينظر فيه . فان كان ذلك قد طال وصار قبيحا في النظر فله أن يجبرها قولا واحدا ، لأن ذلك يمنع من الاستمتاع بها . وأما اذا صار بحيث يوجد في العادة فهل له إجبارها على إزالته وعلى إزالة الدرن والوسخ من البدن

قال الشيخ أبو إسحاق الشيرازي هنا : وفي التنظيف والاستحداد وجهان . قال الشيخ أبو حامد الاسفراييني وغيره فيه قولان

(أحدهما) ليس له إجبارها عليه ، لأنه لا يمنع الاستمتاع (والثاني) له إجبارها لأنه يمنع كمال الاستمتاع ، وهل له أن يمنعها من أكل ما يتأذى برائحتها كالبصل والثوم . قال الشيخ أبو حامد : فيه قولان ، وحكامها المصنف وجهين أيضا وتعليقهما ما مضى . وذهب أصحاب أحمد كذهب الشيخ أبي إسحاق في اعتبارها وجهين في التنظيف والاستحداد وأكل البصل والثوم . وقال القاضي أبو الطيب : له أن يمنعها قولا واحدا ، لأنه يتأذى برائحتها ، إلا أن يميتها طبخا لأن رائحتها تذهب .

(فرع) فإن كانت ذميمة وأرادت أن تشرب الخمر فله أن يمنعها من السكر لأنه يمنعها من الاستمتاع ، ولا يؤمن أن تجنى عليه ، وهل له أن يمنعها من القدر الذي لا تسكر منه ؟

حكى المصنف فيه وجهين وسائر أصحابنا حكاهما قولين (أحدهما) ليس له أن يمنعها منه لأنها مقرة عليه ، ولا يمنعها من الاستمتاع (والثاني) له أن يمنعها منه لأنه لا يتميز القدر الذي تسكر منه من القدر الذي لا تسكر منه مع اختلاف الطباع فمنعت الجميع ، ولأنه يتأذى برائحتها ويميتها قال الاستمتاع .

وان كانت الزوجة مسلبة فله منعها من شرب الخمر لأنه محرم عليها ، وان أرادت أن تشرب ما يسكر من النبيذ فله منعها منه لأنه محرم بالإجماع .

وإن أرادت أن تشرب منه مالا يسكر ، فإن كانا شافعيين فله منعها منه لأنهما يعتقدان تحريمه ، وإن كانا حنفيين أو هي حنفية فهل له منعها منه . فيه قولان . وهل له أن يمنع الذميمة من أكل لحم الخنزير ؟ قال الشيخ أبو حامد فيه قولان كشرب القليل من الخمر ، وحكاهما المصنف وجهين وتعليقهما ما مضى . قال ابن الصباغ وظاهر كلام الشافعي رحمه الله إن كان يتقذره وتعافه نفسه فله منعها منه ، وإن لم تعافه نفسه لم يكن له منعها منه

إذا ثبت هذا فإن شربت الخمر أو أكلت لحم الخنزير أو شربت الخنفيه النبيذ فله أن يجبرها على غسل فيها لأنه نجس ، وإذا قبلها نجس فوه . ومذهب أحمد على نحو ما ذهبنا في هذه المسألة وما تفرع منها وما فيها من أوجه كقول الشيخ أبي إسحاق الشيرازي

(فرع) وليس له أن يمنع زوجته من لبس الحرير والديباغ والحلي ، لأن ذلك مباح لها ، وله أن يمنعها من لبس جلد الميتة الذي لم يذبغ ، فإنه نجس وربما نجس إذا التصق به ، وله أن يمنعها من لبس المنجس لأنه يمنع القرب اليها والاستمتاع بها والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وللزوج منع الزوجة من الخروج إلى المساجد وغيرها . لما روى ابن عمر رضي الله عنه قال درأيت امرأة أتت إلى النبي صلى الله عليه وسلم وقالت يا رسول الله ما حق الزوج على زوجته . قال حقه عليها أن لا تخرج من بيتها إلا بإذنه ، فإن فعلت لعنهما الله ، وملائكته الرحمة ، وملائكته الغضب ، حتى تتوب أو ترجع ، قالت يا رسول الله وإن كان لها ظالما ، قال وإن كان لها ظالما ، ولأن حق الزوج واجب ، فلا يجوز تركه بما ليس بواجب ، ويكره منعها من عبادة أبيها إذا أنقل ، وحضور مواراته إذا مات ، لأن منعها من ذلك يؤدي إلى النفور ويغريها بالعقوق .

(فصل) ويجب على الزوج معاشرتها بالمعروف من كف الأذى لقوله

تعالى « وعاشروهن بالمعروف » ، ويجب عليه بذل ما يجب من حقها من غير مطال
لقوله عز وجل « وعاشروهن بالمعروف » ، ومن العشرة بالمعروف بذل الحق من
غير مطال ، ولقوله صلى الله عليه وسلم « مطال الغنى ظلم » ، ولا يجب عليه
الاستمتاع لأنه حق له فجاز له تركه كسكنى الدار المستأجرة ، ولأن الداعي الى
الاستمتاع الشهوة والمحبة فلا يمكن ايجابه .

والمستحب أن لا يعظما لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله عنه
قال قال لى رسول الله صلى الله عليه وسلم « أتصوم النهار ، قلت نعم ، قال وتقوم
الليل ، قلت نعم ، قال لكنى أصوم وأفطر ، وأصلى وأنام ، وأمس النساء ، فمن
رغب عن سنتى فليس منى » ، ولأنه اذا عظمها لم يأمن الفساد ووقوع الشقاق ،
ولا يجمع بين امرأتين فى مسكن الا برضاها ، لأن ذلك ليس من العشرة
بالمعروف ، ولأنه يؤدى الى الخصومة ولا يبطأ احدهما بحضرة الاخرى ،
لأنه دناءة وسوء عشرة ، ولا يستمتع بها الا بالمعروف ، فإن كانت نضو الخلق
ولم تحمل الوطء لم يحز وطؤها لما فيه من الاضرار

* * *

(الشرح) حديث عبد الله بن عمر رواه أبو داود الطيالسى باللفظ الذى
ساقه المصنف ، ورواه البزار عن ابن عباس ، وفيه حسين بن قيس المعروف
بخنش وهو ضعيف .

وقد وثقه حصين بن نمير وبقية رجاله ثقات « ان امرأة من خثعم أتت
رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله أخبرنى ما حق الزوج على
الزوجة ، فأتى امرأة أيم ، فان استطعت والا جلست أيماً . قال فان حق الزوج
على زوجته ان سألها نفسها وهى على ظهر قتب ان لا تمنعه ، وان لا تصوم
تطوعا الا بإذنه ، فان فعلت جاعت وعطشت ولا تقبل منها . ولا تخرج من
بيتها الا بإذنه ، فان فعلت لعنتها ملائكة السماء وملائكة الرحمة وملائكة العذاب
قالت لا جرم ، لا أتزوج أبداً ،

وقد أورده العلامة صديق خان في كتابه حسن الأسوة معزوا للطبراني وصوابه ما ذكرنا . والذي في الطبراني فأحاديث أخرى ليست عن ابن عباس وليس فيها قصة المرأة الخثعمية .

أما حديث «مطل الغنى ظلم» فقد أخرجه أصحاب السنن إلا الترمذي ورواه البيهقي كاهن عن عمرو بن الشريد عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم بلفظ «لئلا الواحد ظلم بجل عرضه وعقوبته» وقد مضى الكلام عليه في القرض والحجر والتفليس وغيرها من المجموع وتكملتيه .

أما حديث عبد الله بن عمرو فقد أخرجه أحمد في مسنده بلفظ «زوجني أبي امرأة من قريش فلما دخلت علي جعلت لا أنحاش لها بما بي من القوة على العبادة من الصوم والصلاة فجاء عمرو بن العاص إلى كتمه حتى دخل عليها» فقال لها : كيف وجدت بعلك ، قالت : كخير الرجال ، أو كخير البعولة من رجل لم يفتش لنا كنفاً ولم يعرف لنا فراشاً ، فأقبل علي فعمزني وعضني بلسانه فقال : أن تخطب امرأة من قريش ذات حسب فعضلتها وفعلت وفعلت ثم انطلق إلى النبي فشكاني فأرسل إلى النبي فأتيته قال لي : أتصوم النهار ، قالت نعم . قال وتقوم الليل قالت : نعم ؛ قال لكنني أصوم وأفطر ، وأصلي وأنام ، وأمس النساء ، فمن رغب عن سنتي فليس مني .

أما الأحكام فقد قال الشافعي رضي الله عنه : وله منعها من شهادة جنازة أبيها وأمها وولدها . وجه ذلك أن للزوج أن يمنع زوجته من ذلك وقد أخذ أصحابنا من نفيه هذا أن له أن يمنعها من عيادة أبيها وأمها إذا مرضا ومن حضور مواراتهما إذا ماتا ، وقد استدلوا على ذلك بحديث انس «أن امرأة سافر زوجها ونهى امرأته عن الخروج وكان أبوها مقيم في أسفل البيت وهي في أعلاه فرض أبوها فاستأذنت النبي صلى الله عليه وسلم في عيادته فقال لها اتقي الله ولا تخالني زوجك فأت أبوها فأوحى الله إلى النبي صلى الله عليه وسلم أن الله قد غفر لأبيها بطاعتها لزوجها» ولما كان هذا الحديث لم يصح عندنا حيث رواه الطبراني في الأوسط وآفته محمد عقيل الخزازي هذا من جهة الإسناد ومثله يعارض أموراً مجعداً عليها فإن أباه لها حقوق عليها لا تخصي ، أقربها وأظهرها .

- ١ - حق الأبوة لقوله تعالى « وبالوالدين إحساناً ، قارنا ذلك بعبادته .
 - ٢ - حق الإسلام لقوله صلى الله عليه وسلم « حق المسلم على المسلم خمس ، ومنها « وإذا مرض فعهده .
 - ٣ - حق الرحم : يقول الله تعالى « اشتدقت لك اسماً من اسمي فمن وصلك وصلته ومن قطعك قطعته .
 - ٤ - حق الأدمية او حق الإنسانية « من لا يرحم الناس لا يرحم .
 - ٥ - حق المشاركة في اسباب الحياة « دخلت امرأة النار في هرة ، ودخلت امرأة الجنة في هرة .
 - ٦ - حق الجوار « ما زال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت انه سيورثه ، إذا ثبت هذا فإنه يكره للزوج ان ينهى زوجته عن عيادة ابيها او بره او إبداء حنوها ومودتها لأبويها .
- (مسألة) يجب على كل واحد من الزوجين معايشة الآخر بالمعروف لقوله تعالى « قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم ، ولقوله تعالى « الرجال قوامون على النساء ، يعني بالإنفاق عليهن وكسوتهن ، ولقوله تعالى « ولهن مثل الذي عليهن ، والمقابلة ههنا بالتأدية لا في نفس الحق لأن حق الزوج للنفقة والكسوة وما اشبه ذلك ، وحق الزوج المتمكين من الاستمتاع ، وقال تعالى « وطأشروهن بالمعروف ، وقال الشافعي وجماع المعروف بين الزوجين كف المكروه ، وإعفاء صاحب الحق من المؤنة في طلبه لا بإظهار الكراهية في تأديته ، فأيهما مظل بتأخير فمطل الواجد القادر على الأداء ظلم بتأخيره .
- قال أصحابنا : فكف المكروه هو ان لا يؤذى أحدهما الآخر بقول او فعل ، ولا يأكل أحدهما ولا يشرب ولا يلبس ما يؤذى الآخر . وقوله إعفاء صاحب الحق من المؤنة في طلبه ، إذا وجب لها على الزوج نفقة او كسوة بذله لها ولا يحوجها الى ان ترفعه الى الحاكم فيلزمها في ذلك مؤنة لقوله (ص) « دلي الواجد ظلم ، وكذلك اذا دعاها الى الاستمتاع لم تمتنع ولم تحوجه الى ان يرفع ذلك الى الحاكم فيلزمه في ذلك مؤنة ، لما روى ابو هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : اذا دعا أحدكم امرأته الى فراشه فأبت عليه فبات وهو عليها ساخط

لمنتها الملائكة حتى تصبح ، رواه أحمد والبخاري ومسلم . وقوله : لا باظهاره الكراهية في تأديته ، إذا طلبت الزوجه حقها منه أو طلب الزوج حقه منها بذل كل واحد منهما ماوجب لصاحبه وهو باس الوجه ضاحك السن لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : أكمل المؤمنين إيماناً أحسنهم خلقاً وخياركم خياركم لنسائهم ، رواه أحمد والترمذي وصححه .

وقال صلى الله عليه وسلم : لو كنت آمراً أحداً أن يسجد لأحد لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها . رواه الترمذي ، وقال : حديث حسن ، وهو بعض حديث عند أحمد عن أنس ، وبعض حديث طويل من قدوم معاوية من الشام وسجوده للنبي (ص) رواه أحمد وابن ماجه عن عبد الله بن أبي أوفى .

(فرع) ولا يجب على الزوج الاستمتاع بها . وحكي الصيمري أن مالكاً رضي الله عنه قال : إذا ترك جماع زوجته المدة الطويلة أمر بالوطء ، فإن أبي فلما فسخ النكاح ، وقال آخرون : يجبر على أن يطاء في كل أربع ليال ليلة .

قال العمراني في البيان : وهذا غير صحيح لأنه حق له فجاز له تركه ، ولأن الداعي إليه الشهوة وذلك ليس إليه ، والمستحب له أن لا يخليها من الجماع لقوله صلى الله عليه وسلم : لكنني أصوم وأفطر ، وأصلي وأنام ، وأمس النساء ، فمن رغب عن سنتي فليس مني ؛ ولأنه إذا لم يجامعها لم يأمن منها الفساد ، وربما كان سبباً للعداوة والشقاق بينهما ، وإن كان له زوجات لم يجمع بينهن في مسكن إلا برضاها أو برضى كل واحدة منهن على حدة ، لأن ذلك يؤدي إلى خصومتهم ، ولا يطاء واحدة بحضرة الأخرى لأن ذلك قلة أدب وسوء عشرة .

(فرع) قال الشافعي رضي الله عنه في القديم : وإذا تزوج رجل امرأة فأحب له أول ما يراها أن يأخذ بناصيتها ويدعو باليمن والبركة فيقول : بارك الله ليكل واحد منا في صاحبه ، لأن هذا بدء الوصل بينهما ؛ فاستحب له أن يدعو بالبركة ، والأمر كما قال الشافعي رضي الله عنه إذ روى أبو داود وابن ماجه وابن السني وغيرهم عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إذا تزوج أحدكم امرأة أو اشترى خادماً فليقل : اللهم إني أسألك

خيرها وخير ما جبلتها عليه ، وأعوذ بك من شرها وشر ما جبلتها عليه ، وإذا اشترى بعيراً فليأخذ بذروة سنامه وليقل مثل ذلك ، وفي رواية : ثم ليأخذ بناصيتها وليدع بالبركة في المرأة والخادم ، ويستحب إذا أراد أن يجامعها أن يقول بسم الله اللهم جنبنا الشيطان وجنب الشيطان ما رزقنا لما روى البخاري ومسلم عن ابن عباس رضي الله عنهما من طرق كثيرة عن النبي (ص) قال : لو أن أحدكم إذا أتى أهله قال : بسم الله اللهم جنبنا الشيطان وجنب الشيطان ما رزقنا ، فقهضى بينهما ولد لم يضره ، وفي رواية للبخاري : لم يضره الشيطان أبداً .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يجوز وطؤها في الدبر . لما روى خزيمة بن ثابت رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ملعون من أتى امرأة في دبرها ، ويجوز الاستمتاع بها فيما بين الاليتين لقوله تعالى : والذين هم لأفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم ، فإنهم غير ملومين ، ويجوز وطؤها في الفرج مدبرة ، لما روى جابر رضي الله عنه قال : قالت اليهود : إذا جامع الرجل امرأته من ورائها جاء ولدها أحول ، فأنزل الله تعالى : نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أني شئتم ، قال : يقول يأتيها من حيث شاء مقبلة أو مدبرة إذا كان ذلك في الفرج .

(الشرح) حديث خزيمة بن ثابت أخرجه أحمد وابن ماجه وأخرجه الشافعي بنحوه وفي أسناده عمر بن أبي حنيفة وهو مجهول واختلف في أسناده اختلافاً كثيراً ورواه النسائي من طريق أخرى وفيها هرمي بن عبد الله ولا يعرف حاله ، وأخرجه من طريق هرمي أيضاً أحمد وابن حبان ، وقد روى النهي عن أتباع المرأة في دبرها عن أبي هريرة عند أحمد وأبي داود وبقية أصحاب السنن والبزار وفي أسناده الحارث بن مخلد ، قال البزار ليس بمشهور .

وقال ابن القطان : لا يعرف حاله ، وقد اختلف فيه على سهيل بن أبي صالح فرواه عنه اسماعيل بن عياش عن محمد بن المنكدر عن جابر بن عبد الله الدارقطني

ورواه عمر مولى عفرة عن سهيل عن ابيه عن جابر كما اخرج ابن عدى
باسناد ضعيف .

قال الحافظ في بلوغ المرام : ان رجال حديث أبي هريرة هذا ثقات لكن
أعل بالارسال . وفي لفظ رواه أحمد وابن ماجه . لا ينظر الله الى رجل جامع
امراته في دبرها .

وروى أحمد والترمذي عن أبي هريرة . أن رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال : من أتى حائضاً أو امرأة في دبرها أو كاهناً فصدقه فقد كفر بما أنزل على محمد
صلى الله عليه وسلم ، ورواه أبو داود وقال : فقد برىء مما أنزل ، وهو من رواية
أبي تميم عن أبي هريرة ، قال الترمذي : لا نعرفه الا من حديث أبي تميم عن
أبي هريرة . وقال البخاري : لا يعرف لأبي تميم سماع عن أبي هريرة . وقال
البزار : هذا حديث مشكوك ، وفي الاسناد أيضاً حكيم الاثرم ، قال البزار لا يحتج
به ، وما تفرد به فليس بشيء . ولأبي هريرة حديث ثالث عند النسائي من رواية
الزهري عن أبي سلمة عن أبي هريرة ، وفي اسناده عبد الملك بن محمد الصنعاني
وقد تكلم فيه دحيم وأبو حاتم وغيرهما ، ولأبي هريرة أيضاً حديث رابع اخرج
النسائي من طريق بكر بن خنيس عن ابيث عن مجاهد عن أبي هريرة بلفظ : من
أتى شيئاً من الرجال والنساء في الادبار فقد كفر ، وفي اسناده بكر واثب بن
أبي سليم ، ولأبي هريرة حديث خامس وفي اسناده مسلم بن خالد الزنجي . واخرج
أحمد عن علي كرم الله وجهه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا تأتوا النساء في
امجازهن او قال في ادبارهن .

قال الحافظ الميشتي في مجمع الروائد : ورجاله ثقات ، واخرج أحمد عن عمرو
ابن شعيب عن ابيه عن جده . ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في الذي يأتي امرأته
في دبرها ، هي اللوطية الصغرى .

وعن علي بن طلق قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا تأتوا
النساء في استناهن فان الله لا يستحي من الحق ، رواه أحمد والترمذي وحسنه ،
ثم قال : سمعت محمداً يقول : لا اعرف لعلي بن طلق عن النبي صلى الله عليه وسلم

غير هذا الحديث الواحد ، ولا أعرف هذا الحديث الواحد من حديث طلق بن
علي السحيمي ، وكأنه رأى أن هذا الآخر من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم اه
وعن ابن عباس قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا ينظر الله إلى رجل
أتى رجلاً أو امرأة في الدبر ، رواه الترمذي وقال : حديث غريب ، والنسائي
وابن حبان والبزار ، وقال لا نعلمه يروى عن ابن عباس بإسناد حسن وكذا قال
ابن عدي ورواه النسائي عن هناد عن وكيع عن الضحاك موقوفاً وهو أصح من
المرفوع ، ولا بن عباس رواية موقوفة عند عبد الرزاق أن رجلاً سأل ابن عباس
عن إتيان المرأة في دبرها فقال سألتني عن الكفر . وعن ابن مسعود عند ابن
عدي . وعن عقبة بن عامر عند أحمد وفيه ابن لهيعة ، وعن ابن عمر عند النسائي
والبزار وفيه زمعة بن صالح

أما حديث جابر رضي الله عنه فقد رواه أحمد والبخاري ومسلم وأصحاب السنن
إلا النسائي . وعن أم سلمة عن النبي صلى الله عليه وسلم في قوله تعالى : نساؤكم
حرث لكم فاهوا حرثكم أني شتمتم ، يعني صماماً واحداً ، رواه أحمد والترمذي
وحسنه . وعن أم سلمة قالت : لما قدم المهاجرون على الأنصار تزوجوا من نساؤهم
وكان المهاجرون يحبون وكانت الأنصار لا تجبي ، فأراد رجل امرأته من المهاجرين
على ذلك فأبى عليه حتى تسأل النبي صلى الله عليه وسلم قال فأتته ، فاستحييت أن
تسأله ، فسألته أم سلمة فنزلت : نساؤكم حرث لكم فاهوا حرثكم أني شتمتم ، وقال لا
إلا في صمام واحد ، رواه أحمد

ومن رواية ابن عباس عند أبي داود وفيه : إنما كان هذا الحى من الأنصار
وهم أهل وثن مع هذا الحى من يهود ، وهم أهل كتاب ، وكانوا يرون لهم فضلاً
عليهم من العلم ، وكانوا يقتدون بكثير من فعلهم ؛ وكان من أمر أهل الكتاب
لا يأتون النساء إلا على حرف ، فكان هذا الحى من الأنصار قد أخذوا بذلك من
فعلهم ؛ وكان هذا الحى من قريش يشرخون النساء شرخاً منكراً ويتلذذون منهن
مقبلات ومدبرات ومستلقيات ، فلما قدم المهاجرون المدينة تزوج رجل امرأة
من الأنصار فذهب يصنع بها ذلك فأنكرته عليه وقالت : إنما كنا نؤتى على حرف
فأصنع ذلك وإلا فاجتنبني ، فسرى أمرهما حتى بلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم

فأنزل الله عز وجل : نساؤكم حرث لكم فاءتوا حرثكم أنى شئتم ، يعنى مقبلات ومدبرات ومستلقيات : يعنى بذلك موضع الولد .

وروى أحمد والنرمذى وقال حسن غريب عن ابن عباس قال : جاء عمر الى النبي (ص) فقال : يا رسول الله هلكت ، قال وما الذى أهلكك ؟ قال حولت رحلى البارحة ، فلم يرد عليه بشئ . قال فأوحى الله الى رسوله هذه الآية : نساؤكم حرث لكم فاءتوا حرثكم أنى شئتم ، أقبل وأدبر ، واتقوا الدبر والحیضة أما الأحكام فقد استدل الجمهور بهذه الأحاديث التى تقرب من درجة القواثر على تحريم إتيان المرأة فى دبرها .

وحكى ابن عبد الحكم عن الشافعى أنه قال لم يصح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى تحريمه ولا تحليله شئ والقياس أنه حلال . وقد أخرجه عنه ابن أبى حاتم فى مناقب الشافعى ، وأخرجه الحاكم فى مناقب الشافعى عن الأصم عنه ، وكذلك الطحاوى عن ابن عبد الحكم عن الشافعى ، وروى الحاكم عن محمد بن عبد الله بن عبد الحكم عن الشافعى أنه قال : سألنى محمد بن الحسن فقلت له إن كنت تريد المكابرة وتصحيح الروايات وإن لم تصح فأنت أعلم : وإن تكلمت بالمنافسة كلنتك على المنافسة ، قال على المنافسة ، قلت فبأى شئ حرمته قال بقول الله تعالى : فاءتوا من حيث أمركم الله ، وقال : فاءتوا حرثكم أنى شئتم ، والحرث لا يكون إلا فى الفرج . قلت أفىكون ذلك محرماً لما سواه ، قال نعم . قلت فما تكون لو وطئها بين ساقها أو فى أعكائها أو تحت إبطها أو أخذت ذكره بيدها أو فى ذلك حرث ، قال لا . قلت فىحررم ذلك قال لا قلت فلم تحتج بالاحتجة فيه ، قال فإن الله قال : والذين هم لفروجهم حافظون ، الآية . قال فقلت له هذا بما يحتجون به للجواز إن الله أننى على من حفظ فرجه من غير زوجته أو ما ملكك يمينه ، فقلت له أنت تتحفظ من زوجتك وما ملكك يمينك . اهـ

وقال الحاكم بعد أن حكى عن الشافعى ما سلف ، لعل الشافعى كان يقول ذلك فى القديم ، فأما الجديد فالمشهور أنه حرمه

وقد حمل المأوردى فى الحاوى وأبو نصر بن الصباغ فى الشامل على ابن عبد الحكم الذى روى هذا عن الشافعى . ورويا هما وغيرهما من أصحابنا عن الربيع

ابن سليمان أنه قال : كذب والله — يعني ابن عبد الحكم — فقد نص الشافعي على تحريمه في ستة كتب . وتعقب الحافظ بن حجر في التلخيص هذا فقال : لا معنى لهذا التكذيب ، فإن ابن عبد الحكم لم يتفرد بذلك ، بل قد تابعه عليه عبد الرحمن ابن عبد الله أخوه عن الشافعي ، ثم قال إنه لا خلاف في ثقة ابن عبد الحكم وأمانته وقد روى الجواز أيضا عن مالك

قال القاضي أبو الطيب في تعليقه أنه روى عنه ذلك أهل مصر وأهل المغرب ورواه عنه ابن رشد في كتاب البيان والتحصيل ، وأصحاب مالك العراقيون لم يشبهوا هذه الرواية ، وقد رجع متأخرو أصحابه عن ذلك وأفتوا بتحريمه . وقد نقل ابن قدامة رواية عن مالك . قوله ما أدركت أحداً اقتدى به في ديني يشك في أنه حلال ، ثم أنكر ذلك أصحابه العراقيون

قلت : إذا كان الله تبارك وتعالى قد حرم الوطء في الفرج عند المحيض لأجل الأذى فكيف بالحش الذي هو موضع أذى دائم ونجس لازم . مع زيادة المفسدة بانقطاع النسل الذي هو المقصد الأسنى من مشروعية الزواج فضلا عن خسارة هذا العمل ودناءته مما يفضي إلى التلذذ بما كان يتلذذ به قوم لوط ، وما يعد شذوذاً في الشهوة يتنزه عنها المؤمنون الأطهار وأبناء الملة الأخيار وكفى بهذا العمل انحطاطاً أن أحداً لا يرضى أن ينسب هذا القول إلى إمامه ، كما يقول ابن القيم ، وقد ذكر لذلك مفسد دينية ودنيوية كثيرة في حديثه . وقد روى التحريم عن علي وابن مسعود وابن عباس وأبي الدرداء وعبد الله بن عمرو وأبي هريرة وابن المسيب وأبي بكر بن عبد الرحمن ومجاهد وقتادة وعكرمة والشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر وأحمد بن حنبل وأصحابه كافة ، وأبي ثور والحسن البصري . وقال العمراني عن الربيع : كذب ابن عبد الحكم والذي لا إله إلا هو ،

قال المزني ، قال الشافعي ذهب بعض أصحابنا إلى إحلاله وآخرون إلى تحريمه ولا أرخص فيه بل أنهى عنه . وحكى أن مالكا سئل عن ذلك فقال : الآن اغتسلت منه ،

(فرع) يجوز التلذذ بما بين الاثنين من غير إبلاج في الدبر لما فيه من الأذى

ويجوز الوطء في الفرج مقبلة ومدبرة لما روى جابر أن اليهود قالت : إذا جامع الرجل امرأته من ورائها جاء ولدها أحول ، فأنزل الله تعالى : **وَسَاءُ لَكُمْ لَعْنَةُ اللَّهِ** قائموا حرمةكم أني شئتكم ، أفاده العمراني في البيان وسائر الأصحاب

(فرع) يحرم الاستمناء ، وهو إخراج الماء الدافق بيده ، وبه قال أكثر أهل العلم ، وقال ابن عباس : نكاح الأمة خير منه وهو خير من الزنا ، وروى أن عمرو ابن دينار رخص فيه عند الاضطرار وخوف الملكة ، وبه قال أحمد رضي الله عنه . دليلنا قوله تعالى : **وَالَّذِينَ هُمْ عَنْ ذَوْنِهِمْ كَافُونَ** إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين ، فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون ، وقد قرر علماء وظائف الأعضاء والطب البشري أن الاستمناء مفضل إلى قتل الرغبة الجنسية ، ويجعل المرأة لا ينتشر عند الوقاع إلا إذا استمنى بيده مما يعطل وظيفته كزوج ؛ ويقتل صلاحية عضوه أو يقلل كفاءته الزوجية ، وكل هذا من المفاسد المنهي عنها .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وبكره العزل . لما روت جذامة بنت وهب قالت : حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن العزل . فقال : **ذلك الواد الخفي** ، وإذا الموءودة سئمت ، فإن كان ذلك في وطء أمته لم يحرم ، لأن الاستمتاع بها حق له لا حق لها فيه ، وإن كان في وطء زوجته فإن كانت مملوكة لم يحرم لأنه يلحقه العار باسترقاق ولده منها . وإن كانت حرة فإن كان بإذنها جاز لأن الحق لهما ، وإن لم تأذن ففيه وجهان

(أحدهما) لا يحرم لأن حقها في الاستمتاع دون الانزال

(والثاني) يحرم لأنه يقطع النسل من غير ضرر يلحقه

(فصل) وتجب على المرأة معاشرة الزوج بالمعروف من كف الأذى كما يجب عليه في معاشرتها ، ويجب عليها بذل ما يجب له من غير مطال لما روى

أبو هريرة رضى الله عنه قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إذا دعا أحدكم امرأته الى فراشه فأبت فبات وهو عليها ساخط لعنتها الملائكة حتى تصبح ،

* * *

(الشرح) حديث جذامة بنت وهب الأسديّة أخرجه أحمد ومسلم بلفظ : حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم فى أناس وهو يقول لقد هممت أن أنهى عن الغيلة فنظرت فى الروم وقارس ، فإذا هم يغفلون أولادهم فلا يضر أولادهم شيئاً ، ثم سألوه عن العزل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك الواد الحنفى وهى وإذا الموءودة سئمت ،

أما الأحكام فقد اختلف السلف فى حكم العزل : فقال ابن عبد البر لا خلاف بين العلماء أنه لا يعزل عن الزوجة الحرة إلا بإذنها ، لأن الجماع من حقها ، ولها المطالبة به ، وليس الجماع المعروف إلا ما لا يلحقه عزل . قال الحافظ بن حجر ووافقه فى نقل هذا الإجماع ابن هبيرة وتعقب بأن المعروف عند الشافعية أنه لا حق للمرأة فى الجماع فيجوز على مقتضى أصلهم العزل بغير إذنها . قلت ولكنه وقع فى كتب أكثر أصحابنا أنه لا يجوز العزل عن الحرة إلا بإذنها ، ويدل على اعتبار الإذن والرضى من الحرة حديث عمر رضى الله عنه قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يعزل عن الحرة إلا بإذنها ، رواه أحمد وابن ماجه ، وقال الغزالي يجوز العزل : وهو المصحح عند المتأخرين

وقد أخرج أحمد عن جابر رضى الله عنه : كنا نعزل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم والقرآن ينزل ،

قال سفيان حين روى هذا الحديث : ولو كان شيئاً ينهى عنه لنهانا عنه القرآن ، كأنه يشرح عبارة جابر

وأوم كلام الحافظ المقدسى فى عمدته ومن تبعه أن الزيادة التى قالها سفيان من نفس الحديث فأدرجها .

وإذا قال الصحابي : كنا نفعل الشيء الفلاني كان له حكم الرفع عند أكثر المحدثين لأن الظاهر اطلاع النبي صلى الله عليه وسلم وإقراره ، وأما إذا لم يصفه إلى زمن النبي صلى الله عليه وسلم ففيه خلاف في رفعه : ويشبه ذلك ما أخرجه البخاري عن ابن عمر : كنا نتقى الكلام والانبطاط إلى نسائنا هيبة أن ينزل فينا شيء على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فلما مات النبي صلى الله عليه وسلم تكلمنا وانبططنا .

وأخرج مسلم من طريق أبي الزبير عن جابر قال : كنا نعزل في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فبلغ ذلك نبي الله فلم ينهنا ، ومن وجه آخر عن أبي الزبير عن جابر أن رجلاً أتى رسول الله (ص) فقال : إن لي جارية وأنا أطوف عليها وأنا أكره أن تحمل فقال : اعزل عنها إن شئت فإنه سيأتيها ما قدر لها ، فلبث الرجل ثم أتاه فقال : إن الجارية قد حملت ، قال : قد أخبرتك ، ووقعت هذه القصة عنده من طريق سفيان بن عيينة بإسناد آخر إلى جابر وفي آخره فقال : أما عبد الله ورسوله ، وأخرجه أحمد وابن ماجه وابن أبي شيبة بإسناد آخر على شرط الشيخين بمعناه .

وفي الصحيحين وغيرهما من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه : غزونا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم غزوة بني المصطلق فسلمنا كراهم العرب فطالت علينا العزبة ورغبنا في الفداء ، فأردنا أن نستمتع ونعزل فقلنا : نفعل ورسول الله صلى الله عليه وسلم بين أظهرنا لا نسأله ، فسألنا رسول الله (ص) فقال : لا عليكم أن لا تفعلوا ، ما كتب الله عز وجل خلق بسمة هي كائنة إلى يوم القيامة ، إلا ستكون ، ومن ثم تكون جملة ما تقدم أن العزل برضى الحرة جائز عند أبي حنيفة ومالك وأحمد وعند ابن حزم يحرم العزل ، وعند الشافعية وجهان ، أحدهما المنع واليه ذهب الروياني في بحر المذهب ، وكرهه المعمراني في البيان .

قال في الفتح : نعم جزم ابن حزم بوجوب الوطء وبتحريم العزل ، واستند إلى حديث حذافة بنت وهب أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن العزل فقال : ذلك الواد الخفي . أخرجه مسلم والترمذي وصححه من طريق معمر عن يحيى بن

أبي كثير عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان عن جابر قال : كانت لنا جوارى وكننا نعزل فقالت اليهود : إن تلك الموءودة الصغرى فستل رسول الله (ص) عن ذلك فقال : كذبت اليهود ، لو أراد الله خلقه لم يستطع رده ، وأخرجه الناساني من طريق هشام وعلى بن المبارك وغيرهما عن يحيى عن محمد بن عبد الرحمن عن أبي مطيع بن رفاعة عن أبي سعيد نحوه : ويجمع بين هذه الأحاديث وحديث جدامة بأن حديث جدامة يحمل على التنزيه وهذه طريقة البيهقي ، ومنهم من ضعف حديث جدامة بأنه معارض بما هو أكثر طرقا منه ، وكيف يصرح بتكذيب اليهود في ذلك ثم يثبتته ؟

قال الحافظ. وهذا دفع للأحاديث الصحيحة بالتوهم ، والحديث صحيح لا ريب فيه والجمع ممكن ، ومنهم من ادعى أنه منسوخ ، ورد بعدم معرفة التاريخ . وقال الطحاوي يحتمل أن يكون حديث جدامة على وفق ما كان عليه الأمر أولا من موافقة أهل الكتاب ، لأنه كان يحب موافقة أهل الكتاب فيما لم ينزل عليه ، ثم أعلمه الله بالحكم فيكذب اليهود فيما كانوا يقولونه ، وتعقبه ابن رشد ثم ابن العربي بأنه لا يجزم بشيء تبعاً لليهود ثم يصرح بتكذيبهم ؛ ومنهم من رجح حديث جدامة لثبوته في صحيح مسلم وضعف مقابله بأنه حديث واحد اختلف في إسناده فاضطرب ، ورجح ابن حزم العمل بحديث جدامة بأن أحاديث غيرها موافق أصل الإباحة وحديثها يدل على المنع ، فمن ادعى أنه أبيع بعد أن منع فعليه البيان ، وتعقب بأن حديثها ليس صريحا في المنع ، إذ لا يلزم من تسميته وأدا خفيا على طريق التشبيه أن يكون حراما ، وخصه بعضهم بالعزل عن الحمل لزال المعنى الذي كان يحذره الذي يعزل من حصول الحمل ، وجمعوا بين تكذيب اليهود في قولهم الموءودة الصغرى ، وبين إثبات كونه وأدا خفيا في حديث جدامة بأن قولهم الموءودة الصغرى يقتضي أنه وأد ظاهر ، لكنه صغير بالنسبة إلى دفن المولود بعد وضعه حيا ، فلا يعارض قوله ، أن العزل وأد خفي ، فإنه يدل على أنه ليس في حكم الظاهر أصلا ، فلا يترتب عليه حكمه ، وإنما جعله وأدا من جهة اشتراكهما في قطع الولادة ، وقال بعضهم : الواد الخفي ورد على طريق التشبيه لأنه قطع طريق الولادة قبل مجيئه فأشبهه قتل الولد بعد مجيئه .

وقال ابن القيم من الخنابلة الذي كذبت فيه اليهود زعمهم أن العزل لا يتصور معه الحمل أصلاً وجعلوه بمنزلة قطع النسل بالوآد فأكذبهم وأخبر أنه لا يمنع الحمل إذا شاء الله خلقه ، وإذا لم يرد خلقه لم يكن وآداً خفية ، وإنما سماء وآداً خفياً في حديث جدامه ، لأن الرجل إنما يعزل هرباً من الحمل ، فأجرى قصده لذلك مجرى الوآد ، لكن الفرق بينهما أن الوآد ظاهر بالمباشرة اجتماع فيه القصد والفعل ، والعزل يتعلق بالقصد صرفاً فلذلك وصفه بكونه خفياً ، فهذه أجوبة عدة أشار إليها ابن حجر في الفتح ورجعنا إليها في مقامها وعنها نقلنا .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ولا يجب عليها خدمته في الخبز والطحن والطبخ والغسل وغيرها من الخدم لأن المعقود عليه من جهتها هو الاستمتاع فلا يلزمها ما سواه .

(فصل) وإن كان له امرأتان أو أكثر فله أن يقسم لمن دلت الآية صلى الله عليه وسلم قسم النساء ، ولا يجب عليه ذلك لأن القسم لحقه لجاز له تركه ، وإذا أراد أن يقسم لم يجز أن يبدأ بواحدة منهن من غير رضا البواقي إلا بقرعة ، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من : كانت له امرأتان يميل إلى أحدهما على الأخرى ، جاء يوم القيامة وأحد شقيه ساقط ، ولأن البداة بإحدهما من غير قرعة تدعو إلى النفور ، وإذا قسم لواحدة بالقرعة أو غير القرعة لزمه القضاء للبواقي ، لأنه إذا لم يقض مال ، فدخل في الوعيد .

(فصل) ويقسم المريض والمحبوب دلت الآية صلى الله عليه وسلم كان يقسم في مرضه ، ولأن القسم يراد للأنس وذلك يحصل مع المرض والجب ، وإن كان مجنوناً لا يخاف منه طاف به الولي على نسائه ، لأنه يحصل لها به الأنس ، ويقسم للحائض والنفساء والمريضة والمحرم والمظاهر منها والمولى منها ، لأن القصد من القسم الأيواء والأنس ، وذلك يحصل مع هؤلاء ، وإن كانت مجنونة لا يخاف منها قسم لها ، لأنه يحصل لها الأنس ، وإن كان يخاف منها لم يقسم لها ، لأنها لا تصلح الأنس .

(الشرح) قسم النبي صلى الله عليه وسلم لنسائه رواه مسلم عن أنس ورواه أحمد وأبو داود والبيهقي والحاكم وصححه عن عائشة ، ولفظ أبي داود في رواية : كان لا يفضل بعضنا على بعض في القسم من مكثه عندنا ، وكان مامن يوم إلا وهو بطوف علينا جميعاً فيدنو من كل امرأة من غير مسيس حتى يبلغن التي هو يومها فيبيت عندها ، .

أما حديث أبي هريرة فقد أخرجه أحمد وأصحاب السنن الأربعة والدارمي وابن حبان والحاكم وقال : إسناده على شرط الشيخين ، واستغربه الترمذي مع تصحيحه ، وقال عبد الحق : هو حديث ثابت لكن علمته أن هماماً تفرد به : وأن هشاماً رواه عن قتادة فقال : كان يقال .

وأخرج أبو نعيم عن أنس نحوه ، وقد ورد عن عائشة : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم فيعدل ويقول : اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما تملك ولا أملك ، رواه أصحاب السنن الأربعة والدارمي وصححه ابن حبان والحاكم ورجح الترمذي إسناده فقال : رواية حماد بن زيد عن أيوب عن أبي قلابه مرسل أصح ، وكذا أعلاه النسائي والدارقطني .

وقال أبو زرعة : لا أعلم أحداً تابع حماد بن سلمة على وصله ، وعنهما رضى الله عنهما : أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يسأل في مرضه الذي مات فيه : أين أنا غداً ؟ يريد يوم عائشة ، فأذن له أزواجه يكون حيث شاء فكان في بيت عائشة حتى مات عندها ، رواه أحمد والبخاري ومسلم .

أما أحكام هذه الفصول فإنه لا يجب على المرأة خدمة الرجل أو البيت لأن المعقود عليه هو الاستمتاع إلا أن خدمتها أمر مشروع يدل عليه حديث رواه أحمد والبخاري ومسلم عن جابر : قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم : هل نكحت ؟ قلت نعم . قال : أبكراً أم ثيباً ؟ قلت ثيب ، قال فهل أبكراً تلاعبها وتلاعبك ؟ قلت يا رسول الله قتل أبي يوم أحد ، وترك تسع بنات ، فذكرت أن أجمع اليهن خرقاء مثلهن ، ولكن امرأة تمشطهن وتقيم عليهن : قال أصبت ، فمن كان بسبيل من ولد وأخ وعائلة فإنه لا حرج على الرجل في قصده خدمة إمرأته

وان كان ذلك لا يجب عليها ، لكن يؤخذ منه أن العادة جارية بذلك ، فلذلك لم ينكره النبي صلى الله عليه وسلم . وقال أحمد : قال أصحابنا وغيرهم ليس على المرأة خدمة زوجها في عجن وخبز وطحن وطبخ ونحوه .

وقال السفاريني في شرح ثلاثيات المسند : لكن الأولى لها فعل ما جرت العادة بقوامها به ، وأوجب ابن تيمية المعروف من مثلها لمثله ، وأما خدمة نفسها في ذلك فمليها إلا أن يكون مثلها لا تخدم نفسها ، وقال أبو ثور : على الزوجة أن تخدم الزوج في كل شيء ، وقال ابن حبيب في الواضحة ، إن النبي حكم على فاطمة عليها السلام بخدمة البيت كاماً ، قال السفاريني وفي الفروع ليس عليها عجن وخبز وطبخ ونحوه نص عليه خلافاً للجوزجاني من أئمة علمائنا اهـ .

(مسألة) إذا كان له زوجتان أو أكثر لم يجب عليه القسم ابتداءً ، بل يجوز له أن يتفرد عنهن في بيت لأن المقصود هو الاستمتاع وهو حق له فجاز له تركه وان أراد أن يقسم بينهما جاز لأن النبي (ص) كان يقسم بين نسائه .

ولا يجوز أن يبدأ بواحدة منهن من غير رضا الباقيات إلا بالقرعة لقوله تعالى : فلا تميلوا كل الميل ، وحديث أبي هريرة الذي ساقه المصنف ومضى تخريجه فيه وعيد شديد لمن يؤثر واحدة دون الأخرى ، وفي البداية بإحداهن من غير قرعة ميل ، فإن كان له زوجتان أقرع بينهما مرة واحدة ، وإن كن ثلاثاً أقرع مرتين وإن كن أربعاً أقرع ثلاث مرات لأنهن إذا كن ثلاثاً فخرجت القرعة لواحدة قسم لهما ثم أقرع بين الباقيتين ، وهكذا في الأربع ، وإن أقام عند واحدة منهن من غير قرعة لزمه القضاء للباقيتين ، لأنه إذا لم يقض كان ماثلاً .

(مسألة) ويقسم البريضة والرتقاء والقرناء والحائض والنفساء والمحرمات والنساء إلى منها أو ظاهر ، لأن المقصود الإيواء والسكن ، وذلك موجود في حقهن فأما المجنونة — فإن كان خاف منها — سقط حقها من القسم لأن المقصود الإيواء والسكن ، وذلك موجود في حقهن ، وإن لم يخف منها وجب لها القسم لأن الإيواء يحصل معها ، وإن دعاها إلى منزل له قامت تحت سقف حقها من القسم كالعاقلة .

(فرع) ويقسم المريض والمجنون والعنيد والمهرم ، لأن الأنس يحصل به ، وإن كان يخاف منه لم يقسم له الولي لأنه لا يحصل به الأنس ، وإن كان لا يخاف منه نظرت — فإن كان قد قسم لواحدة في حال عقله ثم جن قبل أن يقضى — لزم الولي أن يقضى للباقيات قسمهن منه ، كما لو كان عليه دين ، وإن جن قبل أن يقسم لواحدة منهن — فإن لم ير الولي أن له مصلحة في القسم لم يقسم لهن ، وإن رأى المصلحة له في القسم قسم لهن لأنه قائم مقامه ، وهل يجب على الولي ذلك أم لا ؟ على قولين : وحكماهما بعض الأصحاب وجهين (أحدهما) لا يجب عليه كما لا يجب على العاقل (والثاني) يجب عليه ذلك لأن العاقل له اختيار في ترك حقه والمجنون لا اختيار له ، فليزم الولي أن يستوفي له حقه بذلك ، فإن حمله إلى واحدة حمله لغيره أخرى أو كان بالخيار بين أن يطوف على نسائه وبين أن يتركه في منزله ويستدعيهن واحدة واحدة إليه ، وإن طاف به على البعض واستدعى البعض جاز ، فإن قسم الولي لبعضهن ولم يقسم للباقيات لم يلزم الولي هذا نقل أصحابنا البغداديين .

وقال المسعودي : هل يقسم الولي للمجنون . فيه وجهان . قال فإن كان مجنونا يوماً وبقي يوماً فأقام ليلة جنونه عند واحدة وليلة عقله عند أخرى لم تحتسب ليلة جنونه عندها حتى يقضى لها ، فلو أقر الولي أنه ظلم إحداها لم يسمع إقراره حتى تقرر المظلمة لها للمظلمة ، هكذا أفاده العمراني في البيان .

وحكى في البحر عن قوم مجاهيل أنه يجوز لمن له زوجتان أن يقف مع إحداها ليلة ومع الأخرى ثلاثاً لأن له أن ينكح أربعاً ، وله إثبات أيهما شاء باليمين ، ولا شك أن هذا ومثله يعد من الميل السكلي ، والله يقول : فلا تميلوا كل الميل ،

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن سافرت المرأة بغير إذن الزوج سقط حقها من القسم والنفقة لأن القسم للأنس والنفقة للتمكين من الاستمتاع ، وقد منعت ذلك بالسفر . وإن سافرت باذنه ففيه قولان (أحدهما) لا يسقط لأنها سافرت باذنه ، فأشبهه

إذا سافرت معه (الثاني) لا يسقط ، لأن القسم الآنس والنفقة للتمكين من الاستمتاع ، وقد عدم الجميع فسقط ما يتعلق به كالتن لها وجب في مقابلة المبيع سقط بعده .

(فصل) وإن اجتمع عنده حرة وأمة قسم للحرة ليلتين والأمة ليله ، لما روى عن علي كرم الله وجهه أنه قال : من نكح حرة على أمة فالحرة ليلتان والأمة ليله ، والحق في قسم الأمة لها دون المولى ، لأنه يراد لحظها فلم يكن المولى فيه حق ؛ فإن قسم للحرة ليلتين ثم أعتقت الأمة ، فإن كان بعدما أوفاهما حقها استأنف القسم لها لأنها تساويا بعد انقضاء القسم . وإن كان قبل أن يوفيهما حقها أقام عندهما ليلتين ، لأنه لم يوفهما حقها حتى صارت مساوية للحرة فوجب التسوية بينهما ، وإن قسم للأمة ليله ثم أعتقت ، فإن كان بعدما أوفى الحرة حقها سوى بينهما . وإن كان قبل أن يوفى الحرة حقها لم يزد على ليله لأنها تساويا فوجب التسوية بينهما .

(فصل) وعماد القسم الليل ، لقوله عز وجل (وجعلنا الليل لباسا) قيل في التفسير الإيواء إلى المساكن ، ولأن النهار للعبشة والليل للسكون ، ولهذا قال الله تعالى (ألم يروا أنا جعلنا الليل ليسكنوا فيه) فإن كانت معيشته بالليل فعماد قسمه النهار ؛ لأن نهاره قليل غيره ، والاولى أن يقسم ليلة اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولأن ذلك أقرب إلى التسوية في إيفاء الحقوق فإن قسم ليلتين أو ثلاثاً جاز ، لأنه في حد القليل ، وإن زاد على الثلاث لم يجوز من غير رضاهن ، لأن فيه تغريراً بحقوقهن ، فإن فعل ذلك لزمه القضاء للبواقي لأنه إذا قضى ما قسم بحق فلأن يقضى ما قسم بغير حق أولى ، وإذا قسم لها ليلة كان لها الليلة وما يليها من النهار ، لما روت عائشة رضي الله عنها قالت : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم لكل امرأة يومها وليلتها ، غير أن سودة وهبت ليلتها لعائشة تبتغي بذلك رضي رسول الله صلى الله عليه وسلم . وروى عن عائشة رضي الله عنها قالت : توفي رسول الله (ص) في بيتي وفي يومى وبين محرى ونحرى ، وجمع الله بين ربي وربيته ،

(فصل) والاولى أن يطوف إلى نسائه في منازلهن اقتداء برسول الله (ص)

ولأن ذلك أحسن في العشرة وأصون لمن ، وله أن يقيم في موضع ويستدعى واحدة واحدة ، لأن المرأة تابعة للزوج في المكان ، ولهذا يجوز له أن ينقلها إلى حيث شاء ، وإن كان محبوساً في موضع - فإن أمكن حضورها فيه - لم يسقط حقها من القسم ، لأنه يصلح للقسم فصار كالمنزل ، وإن لم يمكن حضورها فيه سقط القسم لأنه تعذر الاجتماع لعذر ، وإن كانت له امرأتان في بلدين فأقام في بلد إحداهما فإن لم يقيم معها في منزل لم يلزمه القضاء بالمقام في بلد الأخرى لأن المقام في البلد معها ليس بقسم ، وإن أقام معها في منزلها لزمه القضاء للأخرى ، لأن القسم لا يسقط باختلاف البلاد كما لا يسقط باختلاف المحال

(فصل) ويستحب لمن قسم أن يسوي بينهن في الاستمتاع لأنه أكل في العدل ، فإن لم يفعل جاز ، لأن الداعي إلى الاستمتاع الشهوة والمحبة ، ولا يمكن التسوية بينهما في ذلك . ولهذا قال الله عز وجل (وإن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم)

قال ابن عباس رضي الله عنهما : يعني في الحب والجماع . وقالت عائشة (رضي) كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم بين نسائه ويعدل ثم يقول : اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما تملك ولا أملكه ،

(الشرح) حديث عائشة الأول أخرجه أحمد والبخاري ومسلم ، وبقية الأخبار مضي تخريجها .

أما اللغات فقوله « وجعلنا الليل لباساً » الليل من غروب الشمس إلى طلوع الفجر ، وقياس جمعها إيلات مثل بيضة وبيضات ، وعاملته « ليله » أي ليله - وليه - مثل مشاهرة ومياومة : أي شهراً وشهراً وبوماً وبوماً ، واللباس هو الذي يغطي ويستتر كما يغطي اللباس ويستتر . وقوله « بين بحري وبحري » البحر الرقة . قال ابن بطال : أرادت أنه مات وهو مشكياً عليه صلى الله عليه وسلم ، والنحر موضع القلادة من الصدر وتطلق النحور على الصدور

أما الأحكام فإنه إذا كان طلب مباح الرجل بالنهار فعهد قسمته الليل لقوله تعالى (وجعل الليل سكناً) وقوله تعالى (وجعلنا الليل لباساً والنهار معاشاً)

وإن كان طلب معاشه بالليل فعباد قسمته النهار ، والمستحب أن يقسم مناوبة وهو أن يقيم عند واحدة ليلة ثم عند الأخرى ليلة ، لأن النبي (ص) كان يفعل هكذا ، ولأنه أقرب إلى إيفاء الحق ، وإن أراد أن يقسم لكل واحدة ليلتين أو ثلاثاً جاز لأن ذلك قريب إلى إيفاء الحق ، وإن أراد أن يقيم عند كل واحدة أكثر من الثلاث فقد قال الشافعي في الإملاء : إن أراد أن يقسم لمن مياومة أو مشاهرة أو مساناة كرهت له وأجزأه . قال أصحابنا : يجوز له ما زاد على الثلاث برضاها . وأما بغير رضاها فلا يجوز لأنه كثير ، ويدخل النهار في القسم لما روى عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت : كان رسول الله (ص) يقسم لنفسه كل واحدة يوماً وليلتها ، غير أن سودة رضي الله عنها وهبت أيلتها لعائشة

وروى أن النبي (ص) دخل إلى بيت حفصة فلم يصادفها ، فقام عند مارية فقالت : يا رسول الله في يتي وفي يومى ، فأضافت اليوم إليها ، والأولى أن يجعل اليوم تابعا لليلة التي مضت قبله ، لأن الشهر هلالى ، وإن جعل النهار تابعا لليلة التي بعده جاز .

(مسألة) إذا سافرت المرأة مع زوجها فلها النفقة والقسم لأنها في مقابلة الاستمتاع وذلك موجود . وهكذا إذا اشخصها من بلد إلى بلد لتعلمه أو لحاجة فإياها النفقة والقسم وإن لم يكن معها . وإن سافرت لحاجة لها وحدها بإذنه ففيه قولان (أحدهما) لا نفقة لها ولا قسم لأنها في مقابلة الاستمتاع وذلك متعذر منها . (والثاني) لها النفقة والقسم لأنها غير ناشزة ، فهو كالواشخصها الحاجة له والأول أصح (مسألة) وإن كان عند مسلمة وذمية سومي بينهما في القسم لقوله تعالى (وعاشروهن بالمعروف) ولم يفرق ، وعموم الوعيد في حديث أبي هريرة عن النبي (ص) دمن كانت له امرأتان يميل لأحدهما على الأخرى جاء يوم القيامة يحجر أحد شقيه ساقطا أو مائلا ، رواه أحمد وأصحاب السنن

قال الشافعي في الأم : وإذا كان له أربع زوجات فترك إحداهن من القسمة أربعين ليلة قضى لها عشر ليال . واختلف أصحابنا في تأويله فقال أكثرهم : أراد أنه أقام عند كل واحدة من الثلاث عشراً . ثم أقام عشراً وحده في بيت فيقضى للرابعة عشراً . فأما لو أقام عند الثلاث أربعين قضى للرابعة ثلاث عشرة ليلة وثلاثا

وقال ابن الصباغ : ظاهر كلامه أنه أقام عنده من أربعين ليلة . وما قال له وجه جيد عندي لأن الذي تستحقه بالقضاء عشر ، وثلاث ليال وثلاث تستحقها إذن لأن زمان القضاء لها فيه قسم .

(فرع) قال في الأم : وإن كان له أربع نسوة فسافرت واحدة منهم بغير إذنه وأقام عند اثنتين ثلاثين يوما عند كل واحدة خمسة عشر يوما فلما أراد أن يقيم عند الثالثة رجعت الناشئة وصارت في طاعته ، فلا حق لها فيها مضى من القسم لأنها كانت عاصية ، ولا يمكن أن يقسم للثالثة خمس عشرة ليلة ، لأن القادمة تستحق الربع فيجعل الليالي أربعة ويقيم عند القادمة ليلة وهو حقها ، ويجعل للثالثة ثلاث ليال ، ليلة هي حقها وليلتين من حق الأولتين ؛ فإذا دار بين القادمة والثالثة خمسة أدوار كذلك ، استوفت الثالثة خمس عشرة ليلة والقادمة خمسة واستأنف القسم بين الأربع ، ولو كان بدل المسافرة زوجة جديدة تزوجها قبل أن يوفي الثالثة خص الجديدة أن كانت بكرًا بسبع ، وإن كانت ثيبًا ثلاثًا ثم يقسم ثلاثًا للثالثة الأولى وليلة للجديدة حتى يدور خمسة أدوار واستأنف القسم الأربع دليلنا ما أخرجه الشيخان عن أبي قلابة عن أنس رضي الله عنه قال : من السنة إذا تزوج البكر على الثيب أقام عندها سبعة ثم قسم ، وإذا تزوج الثيب أقام عندها ثلاثًا ثم قسم .

قال أبو قلابة : ولو شئت لقلت : إن أنسا رفعه إلى رسول الله (ص) ،

قال ابن دقيق العيد : قول أبي قلابة يحتمل وجهين

(أحدهما) أن يكون ظن أنه سمعه عن أنس مرفوعًا لفظًا فتحرز عنه تورط (والثاني) أن يكون رأى أن قول أنس من السنة ، في حكم المرفوع ، ولو عهر عنه بأنه مرفوع على حسب اعتقاده أصح ، لأنه في حكم المرفوع ، قال والاول أقرب ، لأن قوله من السنة ، يقتضي أن يكون مرفوعًا بطريق اجتهادي محتمل فقلت : وقد روى هذا الحديث مرفوعًا للدارقطني والبيهقي وأبو عوانة وابن خزيمة وابن حبان والدارمي باللفظ سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : للبكر سبعة أيام وللثيب ثلاث ثم يعود إلى نسائه ، وسيأتي في فصل بعده .

(مسألة) والمستحب أن يطوف على نسائه في منازلهن ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يفعل ذلك ، ولأن ذلك أصون لهن ، وإن قعد في منزل واستدعى كل واحدة إليه في منزلها ، واستدعى البعض إلى منزله كان له ذلك ، فإن لم تأت واحدة إلى حيث مكان يمان إليه ويصلح للسكن وأراد أن يقسم بينهما ، ويستدعيهن إليه كان له ذلك لأنه كالمنزل ، وإن كان له امرأتان في بلدين فأقام في بلد إحداهما - فإن أقام معها فضى للآخرى ، وإن لم يقم معها لم يقض للآخرى ، لأن إقامته في البلد التي هي بها من غير أن يقيم معها ليس بقسم .

(مسألة أخرى) ليس في شرط القسم الوطء ، غير أن المستحب أن يساوي بينهما في الوطء لأنه هو المقصود ، فإن وطئ بعضهن دون بعض لم يأنم بذلك لأن الوطء طريقه الشهوة ، وقد تميل الشهوة إلى بعضهن دون بعض ، ولهذا قال تعالى : وإن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم ، قيل في التفسير : في الحب والجماع ، وقد روينا أن النبي (ص) كان يقسم بين نسائه ، ويقول : اللهم هذا قسمي فيها أملك ، فلا تلني فيها تملك ولا أملك . رواه أصحاب السنن عن عائشة رضي الله عنها وصححه الحاكم وابن حبان ، ورجح الترمذي إرساله .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ولا يجوز أن يخرج في ليلتها من عندها ، فإن مرض غيرها من النساء وخاف أن تموت أو أكرهه السلطان جاز أن يخرج لأنه موضع ضرورة وعليه القضاء ، كما يترك الصلاة إذا أكره على تركها وعليه القضاء ، والاولى أن يقضيها في الوقت الذي خرج ، لأنه أعدل ، وإن خرج في آخر الليل وقضاء في أوله جاز ، لأن الجميع مقصود في القسم ، فإن دخل على غيرها بالليل فوطئها ثم عاد ففيه ثلاثة أوجه ، أحدها : يلزمه القضاء بليلة لأن الجماع معظم المقصود ، والثاني : يدخل عليها في ليلة الموطوءة فيطؤها لأنه أقرب إلى التسوية ، والثالث أنه لا يقضيها بشيء ، لأن الوطء غير مستحق في القسم ، وقدره من الزمان لا ينضب فسقط . ويجوز أن يخرج في نهارها الدائمة ويدخل إلى غيرها لياخذ شيئاً أو يترك شيئاً ولا يطيل ، فإن أطال لزمه القضاء لأنه ترك الإيواء المقصود

وإن دخل إلى غيرها لحاجة فقبلها جاز ، لما روت عائشة رضي الله عنها قالت : ما كان يوم أو أقل يوم إلا كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يطوف علينا جميعاً ، ويقبل ويلبس ، فإذا جاء إلى التي هو يومها أقام عندها ، ولا يجوز أن يطأها لأنه معظم المقصود فلا يجوز في قسم غيرها ، فإن وطئها وانصرف ففيه وجهان (أحدهما) أنه يلزمه أن يخرج في نهار الموطوءة ويطأها ، لأنه هو العدل (والثاني) لا يلزمه شيء لأن الوطء غير مستحق ، وقدره من الزمان لا ينضب فقط ، وإن كان عنده امرأتان فقسم لإحدهما مدة ثم طلق الأخرى قبل أن يقضيهما ثم تزوجها لزمه قضاء حقها ، لأنه تأخر القضاء لعذر وقد زال فوجب كما لو كان عليه دين فأعسر ثم أيسر .

(الشرح) حديث عائشة رضي الله عنها أخرجه أحمد في مسنده والبيهقي والحاكم وصححه بلفظ : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم ما من يوم إلا وهو يطوف علينا جميعاً امرأة امرأة ، فيدنو ويلبس من غير مسيس حتى يقضى إلى التي هو يومها فيبيت عندها ، وروى أبو داود بنحوه ولفظه في رواية له : كان لا يفضل بعضنا على بعض في القسم من مكثه عندنا ، وكان ما من يوم إلا وهو يطوف علينا جميعاً فيدنو من كل امرأة من غير مسيس حتى يبلنح التي هو يومها فيبيت عندها ، وفي لفظ عند أحمد والبخاري ومسلم : كان إذا انصرف من صلاة العصر دخل على نسائه ، فيدنو من أحدهن .

أما الأحكام : فقد قال الشافعي رضي الله عنه : ولا يدخل في الليل على التي لم يقسم لها ، وجهه : ذلك أنه إذا قسم بين نسائه فلا يجوز أن يخرج من المقسوم لها في ليلتها لغير ضرورة من غير إذنها لأن عماد القسم الليل ، فإن دعت ضرورة إلى ذلك بأن مرض غيرها وأشرفت على الموت فاحتاج أن يخرج إليها لتوصي إليه أو تحتاج إلى قيم ولا قيم لها أو ماتت واحتاج إلى الخروج لتجهيزها جاز له الخروج لأن هذا موضع عذر ، فإن برئت المريضة التي خرج إليها قضى للتي خرج من ليلتها من ليلة المريضة مثل الذي أقام عندها ، وإن ماتت لم يقض ، بل يستأنف القسم للباقيات .

إذا ثبت هذا فقد نقل المازني : أنه يعودها في ليلة غيرها . قال أصحابنا هذا سهو في النقل أيضاً ، هو في يوم غيرها ، فإن خالف وخرج عنها في ليلتها لغير عذر إلى غيرها وأقام عندها قليلاً فقد أساء ، ولا يقضى ذلك ، لأن ذلك يسير لا يضبط ، وإن أقام عندها مدة طويلة من الليل قضى للأخرى من ليلته التي أقام عندها مثل ذلك في وقته من الليل ، وإن قضى مثله في غير وقته من الليل جاز ، لأن المقصود الايواء ، وجميع الليل وقت الايواء ، وإن دخل إلى غيرها في ليلتها وجاءها وخرج مريباً فما الذي يجب عليه ؟ فيه ثلاثة أوجه .

(أحدها) لا يجب القضاء عليه لأن القصد الايواء ، ولم يفوت عليها بجماع غيرها الايواء ، لأن قدر مدته يسيرة .

(والثاني) يجب عليه القضاء ، بلبلة من حق الموطوءة ، لأن المقصود بالايواء هو الجماع ، فإذا وقع ذلك لغيرها في ليلتها وجب عليه أن يقضيها في ليلة الموطوءة (والثالث) أنه يدخل عليها في ليلة الموطوءة فيطوؤها لأنه أعدل .

(فرع) فإن أخرجه عنها في ليلتها وحبسها نصف ليلتها أو خرج عنها إلى بيت وقعد فيه نصف الليل ، وجب عليه أن يقضى مثل الذي فوت عليها ، فإن فوت عليها النصف الأول من الليل فإنه يأوى إليها النصف الأول من الليل : ثم يخرج منها إلى منزله أو لغيره ، وينفرد عنها وعن سائر نسائه النصف الأخير وقال ابن الصباغ : قال بعض أصحابنا : إلا أن يخاف العسس أو يخاف اللصوص فيقيم عندها في باقي الليل ، ولا يخرج للعذر ، ولا يقضى الباقيات : وإن فوت عليها النصف الأخير من الليل فالمستحب أن يقضيها في النصف الأخير ، وإن أوى إليها النصف الأول وانفرد في النصف الأخير جاز .

(فرع) ويجوز أن يخرج في نهار المقسم لها لطلب المعيشة إلى السوق ولقضاء الحاجات ، وإن دخل إلى غيرها في يومها ، فإن كان الحاجة مثل أن يحمل إليها نفقتها ، أو كانت مريضة فدخل عليها يعودها ، أو دخل لزيارتها لبعده عهدها ، أو بكلامها بشيء أو تكلمه ، أو يدخل إلى بيتها شيئاً ، أو يأخذ منه شيئاً ولم يطل الإقامة عندها ، جاز ولا يلزمه القضاء لذلك ، لأن المقصود بالقسم

الا يواء ، وذلك يحصل بالليل دون النهار ولا يجامعها لما روى عن عائشة د مامن يوم الا وهو بطوف علينا جميعاً امرأة امرأة فيدنو ويلبس من غير مسيس حتى يفضى الى النى هو يومها فيبيت عندها ، وهل له أن يستمتع بالتى يدخل اليها في غير يومها بالجماع ؟ فيه وجهان حكاهما ابن الصباغ .

(أحدهما) لا يجوز لان ذلك مما يحصل به السكن فأشبهه الجماع .

(والثانى) وهو المشهور : يجوز لحديث عائشة أم المؤمنين ، فان دخل اليها في يوم غيرها وأطال المقام عندها ازمه القضاء ، كما قلنا في الليل ، وان أراد الدخول اليها في يوم غيرها لغير حاجة لم يجوز لان الحق لغيرها ؛ وان دخل اليها في يوم غيرها ووطئها ، وانصرف مريباً ففيه وجهان حكاهما المصنف . أحدهما لا يلزمه القضاء لانه غير مستحق ووقته لا ينضبط . والثانى : يلزمه أن يدخل اليها في يوم المارطومة فيطوؤها لانه أعدل .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وان تزوج امرأة وعنده امرأتان أو ثلاث قطع الدور للجديدة فان كانت بكرأ أقام عندها سبعا ، لما روى أبو قلابة عن أنس رضى الله عنه أنه قال د من السنة أن يقيم عند البكر مع الشيب سبعا ، قال أنس : ولو شئت أن أرفعه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لرفعت ، وان كانت ثيباً أقام عندها ثلاثاً أو سبعا لما روى د أن النبي صلى الله عليه وسلم تزوج أم سلمة رضى الله عنها وقال : ان شئت سبعت عندك وسبعت عندهن ، وان شئت ثلاث عندك ودرت ، فان أقام عند البكر سبعا لم يقض للباقيات شيئا ، وان أقام عند الشيب ثلاثاً لم يقض ، فان أقام سبعا ففيه وجهان .

(أحدهما) يقضى السبع لقوله صلى الله عليه وسلم د ان شئت سبعت عندك وسبعت عندهن ، (والثانى) يقضى ما زاد على الثلاث ، لان الثلاث مستحقة لها فلا يلزمه قضاؤها ، وان تزوج العبد أمة وعنده امرأة قضى للجديدة حق العقد وفي قدره وجهان ، قال أبو على بن أبى هريرة : هى على النصف كما قلنا في القسم الدائم ، وقال أبو اسحاق : هى كالحرّة ، لأن قسم العقد حق للزوج فلم يختلف

برفها وحريرتها بخلاف القسم الدائم فإنه حق لها ، فاختلاف برقتها وحريرتها ، وإن تزوج رجل امرأتين وزفتا اليه في وقت واحد أقرع بينهما لتقديم حق العقد كما يقرع للتقديم في القسم الدائم

(الشرح) حديث أبي قلابة عن أنس في الصحيحين ، إلا أنه ليس فيه ، قال أنس وإنما الذي فيه : قال أبو قلابة : ولو شئت لقلت . إن أنساً رفعه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم . قال ابن دقيق العيد : قول أبي قلابة يحتمل وجهين (أحدهما) أن يكون ظن أنه سمعه عن أنس مرفوعاً لفظاً فتحرز عنه تورعاً (والثاني) أن يكون رأى أن قول أنس : من السنة ، في حكم المرفوع ، فلو عبر عنه بأنه مرفوع على حسب اعتقاده لصح ، لأنه في حكم المرفوع . قال الأول أقرب ، لأن قوله من السنة يقتضى أن يكون مرفوعاً بطريق اجتهدى محتمل وقوله : أنه رفعه نص في رفعه ، وليس للراوى أن ينقل ما هو ظاهر محتمل إلى ما هو نص في رفعه : وبهذا يندفع ما قاله بعضهم من عدم الفرق بين قوله من السنة كذا ، وبين رفعه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم . وقد روى هذا الحديث جماعة عن أنس وقالوا فيه : قال النبي صلى الله عليه وسلم ، كما في البيهقي ومستخرج الاسماعيلي ، وصحيح أبي عوانة ، وصحيح ابن خزيمة وصحيح ابن حبان وسنن الدارمي والدارقطني

أما حديث أم سلمة فقد أخرجه أحمد ومسلم وأبو داود وابن ماجه بلفظ : عن أم سلمة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم لما تزوجها أقام عندها ثلاثة أيام وقال : إنه ليس بك هو أن علي أهلك ، فإن شئت سمعت لك ، وإن سمعت لك سمعت لنسائي ، ورواه الدارقطني ولفظه : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لها حين دخل بها : ليس بك عن أهلك هو أن إن شئت أقمت عندك ثلاثاً خالصة لك ، وإن شئت سمعت لك وسمعت لنسائي ، قالت تقيم معي ثلاثاً خالصة ، وفي إسناد الدارقطني الواقدي : وعن أنس رضي الله عنه قال : لما أخذ النبي (ص) صفيه أقام عندها ثلاثاً وكانت ثيباً ، رواه أحمد وأبو داود والنسائي

أما الأحكام فإن الأحاديث تدل على أن البكر تؤثر بسبع والثيب بثلاث . قيل وهذا في حق من كان له زوجة قبل الجديدة . وقال ابن عبد البر قول جمهور العلماء أن ذلك حق للمرأة بسبب الزفاف ، سواء كان عنده زوجة أم لا . وحكى النووي أنه يستحب إذا لم يكن عنده غيرها وإلا فيجب .

قال الحافظ بن حجر في الفتح : وهذا يوافق كلام أكثر الأصحاب ، واختار النووي أن لا فرق ، وإطلاق الشافعي بعنده . ويمكن التسك لقول من اشترط أن يكون عنده زوجة قبل الجديدة بقوله في حديث أنس أيضا : للبكر سبع وللثيب ثلاث . قال الحافظ لكن القاعدة أن المطلق محمول على المقيد . قال وفيه - يعني حديث أنس - حجة على الكوفيين في قولهم أن البكر والثيب سواء في الثلاث ، وعلى الأوزاعي في قوله للبكر ثلاث وللثيب بومان ، وفيه حديث مرفوع عن عائشة عند الدارقطني بسند ضعيف جداً . اهـ

وقال العمراني في البيان : إذا كان تحتها زوجة أو زوجات فتزوج بأخرى قطع الدور للجديدة ، فإن كانت بكرأ أقام عندها سبعا ولا يقضى ، وإن كانت ثيبا كان بالخيار بين أن يقيم عندها ثلاثاً ولا يقضى ، وبين أن يقيم عندها سبعا ويقضى ما زاد على الثلاث . ومن أصحابنا من قال تقضى السبعة كلها ، والاول هو المشهور قلت هذا هو مذهبنا وبه قال أنس بن مالك (رض) والشعبي والنخعي ومالك وأحمد وإسحاق رحمهم الله .

وقال ابن المسيب والحسن البصري يقيم عندها إذا كانت بكرأ ليلتين وعند الثيب ليلة ، وقال الحكم وحماد وأبو حنيفة وأصحابه يقيم عند البكر سبعا وعند الثيب ثلاثاً ويقضى مثل ذلك للباقيات . دليلنا ما روى عن أنس مرفوعاً : للبكر سبع وللثيب ثلاث ، وما روى عن أم سلمة : دخل على رسول الله (ص) فقال ما بك علي أهالك هو ان ، فإن شئت سبعت عندك وقضيت لهن ، وإن شئت ثلثت عندك ودرت ، فقلت ثلث ، فإذا قلنا يجب عليه قضاء السبع إذا أقامها عند الثيب فوجه قوله صلى الله عليه وسلم : ثلثت عندك ودرت ، فهو كان يجب قضاء الثلاث كما كان يجب قضاء ما زاد لما كان للتخيير معنى ، ولأن الثلاثه مستحقة لها بدليل

انها لو اختارت ان يقيم عندها الثلاث لا غير لم يجب عليه قضاؤها ، فكذلك لا يجب قضاؤها اذا اقامها مع الاربع .

(فرع) قال في الام ولا احب ان يتخلف عن صلاة الجماعة ، ولا يمنعه من عبادة مريض ولا شهود جنازة ولا اجابة وليه . وجمله ذلك انه اذا اقام عند الجديدة بحق العقد فهو كالقسم الدائم فهاده الليل ، واما بالنهار فله ان ينصرف الى طلب معاشه ويصلي مع الجماعة ويشهد الجنازة ويعود المريض ويجب الولاء لان الايواء بالنهار عندها مباح . وهذه الاشياء طاعات فلا يترك الطاعات للمباح قال ابن الصباغ فاما بالليل فقال اصحابنا لا يخرج فيه شيء من ذلك ، لان حق الزوجه فيه واجب وما يخرج له فليس بواجب ، بخلاف السكون عندها بالنهار فإنه ليس بواجب . اهـ

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان اراد السفر بامرأة او امرأتين او ثلاث اقرع بينهما ، فمن خرجت عليهما القرعة سافر بها ، لمسا روت عائشة رضي الله عنها قالت ، كان رسول الله (ص) اذا خرج اقرع بين نسائه ، فصارت القرعة على عائشة رضي الله عنها ، وحفصه رضي الله عنها فخرجنا معه جميعا ، ولا يجوز ان يسافر بواحدة من غير قرعة ، لان ذلك ميل وترك للعدل

وان سافر بامرأتين بالقرعة سوى بينهما في القسم كما يسوى بينهما في الحضر فإن كان في سفر طويل لم يلزمه القضاء للمقيمات ، لان عائشة رضي الله عنها لم تذكر القضاء ، ولان المسافرة اختصت بمسقة السفر فاختصت بالقسم ، وان كان في سفر قصير ففيه وجهان (احدهما) لا يلزمه القضاء كما لا يلزمه في السفر الطويل (والثاني) يلزمه لانه في حكم الحضر ، وان سافر ببعضهن بغير قرعة لزمه القضاء للمقيمات لانه قسم بغير قرعة فلزمه القضاء كما لو قسم لها في الحضر وان سافر بامرأة بقرعة الى بلد ثم عن له سفر ابعد منه لم يلزمه القضاء ، لانه سفر واحد وقد اقرع له .

وان سافر بامرأة بالقرعة وانقضى سفره ثم اقام معها مدة لزمه ان يقضي

المدة التي أقام معها بعد انقضاء السفر ، لأن القرعة إنما تسقط القضاء في قسم السفر . وإن كان عنده امرأتان ثم تزوج بامراتين وزفتا اليه في وقت واحد لزمه أن يتقسم لهما حق العقد ، ولا يقدم إحداهما من غير قرعة ، فإن أراد السفر قبل أن يتقسم لهما أفرع بين الجميع فإن خرجت القرعة لإحدى القديمتين سافر بها فإذا قدم قضى حق العقد للجديتين وإن خرجت القرعة لإحدى الجديتين - أكرم ويدخل - والعقد في قسم السفر لأن القصد من قسم العقد الألفة والاستمتاع . وقد حصل ذلك وهل يلزمه أن يقضى للجديدة الأخرى حق العقد؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يلزمه كما لا يلزمه في القسم الدائم (والثاني) يلزمه ، وهو قول أبي إسحاق ، لأنه سافر بها بعدما استحققت الأخرى حق العقد فلزمه القضاء ؛ كما لو كان عنده أربع نسوة فقسم للثلاث ثم سافر بغير الرابعة بالقرعة قبل قضاء حق الرابعة

(الشرح) حديث عائشة أخرجه أحمد والبخاري ومسلم وابن ماجه بلفظ «كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أراد أن يخرج سفراً أفرع بين أزواجه فأيتمن خرج سهمها خرج بها معه» ، وقد استدل بهذا الحديث على مشرعية القرعة في القسمة بين الشركاء وغير ذلك ، والمشهور عن الحنفية والمالكية عدم اعتبار القرعة . قال القاضي عياض : هو مشهور عن مذهب مالك وأصحابه ، لأنها من باب الحظر والقمار . وحكى عن الحنفية إجازتها

أما جملة الفصول فإنه إذا كان لرجل زوجتان أو أكثر وأراد السفر ، كان بالخيار بين أن يسافر وحده ويتركهن في البلد ، لأن عليه النفقة والكسوة والسكنى دون المقام معهن ، كما لو كان بالحضر وانفرد عنهن ، وإن أراد أن يسافر بهن جميعاً لزمه ذلك ، كما يجوز أن ينتقل من بلد إلى بلد ، وإن أراد أن يسافر ببعض نسائه أفرع بينهن لما روت عائشة عليها السلام من إقراع النبي صلى الله عليه وسلم وقد مضى ، وهو بالخيار بين أن يكتب الاسماء ويخرج على السفر والإقامة وبين أن يكتب السفر والإقامة ويخرج على الاسماء

وإذا خرج السفر على واحدة لم يلزمه المسافرة بها ، بل لو أراد أن يذهب ويسافر وحده كان له ، وإن أراد أن يسافر بغيرها لم يحز ، لأن ذلك يبطل فائدة

القرعة . وان اختار أن يسافر باثنين وعنده أكثر أفرع يبنون ، فإن خرجت قرعة السفر على اثنين سافر بهما ويسوى بينهما في القسم في السفر ، كما لو كان في الحضر . وإذا سافر بها بالقرعة — فإن كان السفر طويلا لم يلزمه القضاء للمقيمت . وان كان السفر قصيرا ففيه وجهان

(أحدهما) لا يلزمه القضاء للمقيمت كالسفر الطويل (والثاني) يلزمه لأنه في حكم الحضر . وهذا مذهبنا . وقال داود : يلزمه القضاء للمقيمت في الطويل والقصير . دليلنا حديث عائشة أنها ذكرت السفر ولم تذكر القضاء ، ولأن المسافرة اختصت بمشقة السفر فاخصت بالقسم

(فرع) وان سافر بواحدة منهن من غير قرعة لزمه القضاء للمقيمت ، وبه قال أحمد . وقال مالك وأبو حنيفة لا يقضى . دليلنا أنه خص بعض نسائه بمدة على وجه تلحقه فيه التهمة فلزمه القضاء كما لو كان حاضرا . وقال المسمودي : فلو قصد الرجوع اليهن فهل تحسب عليه المدة من وقت القصد . فيه وجهان

(فرع) وان سافر بواحدة منهن بالقرعة ثم نوى الإقامة في بعض البلاد وأقام بها معه أو لم ينو الإقامة إلا أنه أقام بها أربعة أيام غير يوم الدخول ويوم الخروج قضى ذلك للباقيات ، لأنه إنعالم يجب عليه أن يقضى مدة السفر . وهذا ليس بسفر : وإن سافر بها إلى بلد فلما بلغه عن له أن يسافر بها إلى بلد آخر فسافر بها لم يقض المقيمت لأنه سفر واحد وقد أفرع له

(فرع) قال الشافعي رضي الله عنه ، ولو أراد النقلة لم يكن له أن ينتقل بواحدة إلا أوفى البواقي مثل مقامه معها ، واختلف أصحابنا في تأويلها فمنهم من قال : تأويلها إذا كان له نساء فأراد النقلة إلى بلد فينتقل بواحدة منهن ونقل الباقيات مع وكيله إلى ذلك البلد ، فلما وصل إلى ذلك البلد أقام مع التي نقلها بعد السفر دون مدة السفر ، لأن مدة السفر لا تقضى . وقال أبو إسحاق : تقضى مدة السفر ومدة الإقامة بعده ، لأنه أراد نقل جميعهن ، فقد تساوت حقوقهن ، فتي خص واحدة بالكون معه لزمه أن يقضى للباقيات مدة الإقامة معها ، كما لو أقام في الحضر معها بخلاف السفر بإحدهن ، فعلى قول الأول يحتاج إلى القرعة وعلى قول أبي إسحاق لا يحتاج إلى قرعة

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ويجوز للمرأة أن تهب ليلتها لبعض ضرائرها ، لما روت عائشة رضي الله عنها ، أن سورة وهبت يومها وليلتها لعائشة رضي الله عنها تبتغي بذلك مرضاة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولا يجوز ذلك إلا برضا الزوج ، لأن حقه ثابت في استمتاعها ؛ فلا تملك نقله إلى غيرها من غير رضاه ، ويجوز من غير رضا الموهوب لها لأنه زيادة في حقها ، ومتى تقسم لها الليلة الموهوبة ؟ فيه وجهان (أحدهما) تضم إلى ليلتها ، لأنه اجتمع لها ليلتان فلم يفرق بينهما (والثاني) تقسم لها في الليلة التي كانت للواحدة ، لأنها قائمة مقامها فقسم لها في ليلتها ، ويجوز أن تهب ليلتها للزوج لأن الحق بينهما ، فإذا تركت حقها صار للزوج ثم يجعلها الزوج لمن شاء من نسائه ، ويجوز أن تهب ليلتها لجميع ضرائرها ، فإن كن ثلاثاً صار القسم أثلاثاً بين الثلاث ، وإن وهبت ليلتها ثم رجعت لم يصح الرجوع فيها مضي ، لأنه هبة الأصل بها القبض ، ويصح في المستقبل لأن هبة لم يتصل بها القبض .

(فصل) وإن كان له إماء لم يكن له حق في القسم ، فإن بات عند بعضهم لم يلزمه أن يقضى للباقيات ، لأنه لا حق له في استمتاع السيد ، وهذا لا يجوز له مطالبته بالفيئة إذا حلف أن لا يطأهن ؛ ولا خيبار له بجبهه وتعنيته ، والمستحب أن لا يعطيهن لأنه إذا عطاهن لم يأمن أن يفجرن ، وإن كان عنده زوجات وإماء فأقام عند الإماء لم يلزمه القضاء للزوجات ، لأن القضاء يجب بقسم مستحق ، وقسم الإماء غير مستحق فلم يجب قضاؤه كالمالو بات عند صديق له

(الشرح) حديث سورة هذا أخرجه أحمد والبخاري ومسلم وأبو داود وابن سعد وسعيد بن منصور والترمذي وعبد الرزاق وسودة بنت زمعة تزوجها النبي صلى الله عليه وسلم وهو بمكة بعد موت خديجة عليها السلام ودخل بها وهاجرت معه ، ووقع في رواية لمسلم من طريق شريك عن هشام في آخر حديث عائشة ، قالت عائشة : وكانت امرأة تزوجها بعدى ومعناه عقد عليها بعد أن

عقد على عائشة ، وأما الدخول بعائشة فكان بعد سودة بالاتفاق ، وقد نبه على ذلك ابن الجوزي - قوله : وهبت يومها ، في رواية البخاري في الهبة : يومها وليلتها - وراى في آخرها - تبتغي بذلك رضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ولفظ أبى داود ، ولقد قالت سودة بنت زمعة حين أسنت وخافت أن يفارقها رسول الله صلى الله عليه وسلم : يا رسول الله يومى لعائشة ، فقبل ذلك منها ، ففيمها ، وأشبهها بنزات : وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً ، الآية .

قال الحافظ ابن حجر فى الفتح : فتواردت هذه الروايات على أنها خشيت الطلاق ، فهبت . قال : وأخرج ابن سعد بسند رجاله ثقات من رواية القاسم ابن أبى برة مرسل ، أن النبي صلى الله عليه وسلم طلقها فقعدت له على طريقه فقالت : والذي بعثك بالحق مالى فى الرجال حاجة ، ولكن أحب أن أبعث مع نسائك يوم القيامة ، فأنشدك الذى أنزل عليك الكتاب هل طلقتنى لموجدة وجدتها على ، قال لا ، قالت : فأنشدك لما راجعتنى ، فراجعها ، قالت فبأنى قد جعلت يومى وليلتى لعائشة حبة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، والرواية المتفق عليها ، أن سودة بنت زمعة وهبت يومها لعائشة وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم لعائشة يومها ويوم سودة .

وقوله : يومها ويوم سودة ، لا نزاع أنه يجوز إذا كان يوم الواهبة واليا ليوم الموهوب لها بلا فصل أن يوالى الزوج بين اليومين للموهوب لها ، وأما إذا كان بينهما نوبة زوجة أخرى أو زوجات ، فقال العلماء أنه لا يقدمه عن رتبته فى القسم إلا رضا من بقى ، وهل يجوز للموهوب لها أن تمتنع عن قبول النوبة الموهوبة - فإن كان قد قبل الزوج لم يحز لها الامتناع - وإن لم يكن قد قبل لم تكره على ذلك . حكى ذلك فى الفتح عن العلماء .

وقال فى البيان ويجوز للمرأة أن تهب ليلتها لبعض ضرائرها لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم تزوج سودة بعد موت خديجة فلما كبرت وأسنت هم النبي صلى الله عليه وسلم بطلاقها فقالت : يا رسول الله لا تطلقنى ودعنى حتى أحشر فى جملة أزواجك وقد وهبت لى لى لى لى عائشة فتركها ، فكان يقسم لكل واحدة لى لى لعائشة ليلتين .

إذا ثبت هذا كان القبول فيه إلى الزوج لأن الحق له ولا يصح ذلك إلا برضاه لأن الاستمتاع حق له عليها ، ولا يعتبر فيه رضا الموهوبة لأن ذلك زيادة في حقها - فإن كانت ليه - الواهبة توالى ليه - الموهوبة والاهما لها ، وإن كانتا غير متواليتين فهل للزوج أن يواليهما من غير رضا الباقيات ، فيه وجهان .
(أحدهما) له ذلك لأن لهما ليلتين ، فلا قائدة في تفرقةهما .

(والثاني) ليس له ذلك ، وهو المذهب ولم يذكر البغوى غيره لأنها قائمة مقام الواهبة ، وإن وهبتها لزوجها جاز له أن يجعلها لمن شاء من نسائه ، لأن الحق له ، وإن جعلها لواحدة تلى ليلتها ليه - الواهبة ، إما قبلها أو بعدها والاهما لهما ، وإن جعلها لمن لا تلى ليلتها فهل له أن يواليهما لهما ؟ على الوجهين ؛ هكذا نقل البغداديون ،

وقال المسعودي : هل للزوج أن يخص بها بعض نسائه ، فيه وجهان . وإن وهبتها لجميع ضرائرها صح ذلك وسقط قسمها وصارت كأن لم تكن ، فإن رجعت الواهبة في ليلتها لم تصح رجعتها فيما مضى ، لأنها هبة اتصل بها القبض وبعث رجعتها في المستقبل لأنها هبة لم يتصل بها القبض ، فإن لم يعلم الزوج برجعتها حتى قسم ليلتها لغيرها .

قال الشافعي رحمه الله : لم يكن لهما بدلها ، فإن أخذت عن ليلتها عوضا من الزوج لم يصح لأنه ليس بعين ولا منفعة ، فترد العوض ويقبضها الزوج حقها لأنها تركت حقها بعوض ولم يسلم لهما العوض .

(مسألة) المستحب أن يساوى بين الاماء والحرائر ، فإن لم يفعل فلا شيء عليه ، وله أن يطوف على نسائه أو إماءه بغسل واحد إذا حلقه عن ذلك في القسم لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يطوف على نسائه بغسل واحد ، والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب النشوز

إذا ظهرت من المرأة أمارات النشوز وعظما لقوله تعالى ، واللاتي يخافون نشوزهن فعضوهن ، ولا يضربها لانه يجوز أن يكون ما ظهر منها اضيق صدر من غير جهة الزوج ، وإن تكرر منها النشوز فله أن يضربها ، لقوله عز وجل ، واضربوهن ، وإن نشزت مرة ففيه قولان .

(أحدهما) أنه يهجرها ولا يضربها ، لان العقوبات تختلف باختلاف الجرائم ولهذا ما يستحق بالنشوز لا يستحق بخوف النشوز ، فكذلك ما يستحق بتكرار النشوز لا يستحق بنشوز مرة .

(والثاني) وهو الصحيح : أنه يهجرها ويضربها لانه يجوز أن يهجرها للنشوز لحاز أن يضربها كما لو تكرر منها . فاما الوعظ فهو أن يخوفها بالله عز وجل وبما يلحقها من الضرر بسقوط نفقتها ، وأما الهجران فهو أن يهجرها في الفراش لما روى عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال في قوله عز وجل ، واهجروهن في المضاجع قال : لا تضاجعهما في فراشك ، وأما الهجران بالكلام فلا يجوز أكثر من ثلاثة أيام ، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاثة أيام ، وأما الضرب فهو أن يضربها ضربا غير مبرح ويتجنب المواضع المخوفة والمواضع المستحسنة ، لما روى جابر رضي الله عنه ، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : اتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بكتاب الله ، واستحللتم فروجهن بكلمة الله ، وإن لكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحداً تكرهونه ، فإن فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح ، ولان القصد التأديب دون الاتلاف والتشويه .

النشوز مصدر نشز وبابه فعد وضرب ، ونشزت المرأة من زوجها عصته وامتنعت عليه ؛ ونشز الرجل من امرأته تركها وجفاها ، قال تعالى ، وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو أعراضاً ، الآية ، وأصله الارتفاع ، يقال : نشز من

مكانه نشوراً بالوجهين إذا ارتفع عنه ، وقال تعالى : وإذا قيل انشروا فانشروا ، بالضم والكسر ، والنشر بفتح التين المرتفع من الأرض ، والسكون لغة ، وقال ابن السكيت في بات كفعل وفعل : قعد على نشر من الأرض ونشر وجمع الساكن نشور مثل فلس وفلوس ، ونشاز مثل سهم وسهام وجمع المفتوح انشاز مثل سبب وأسباب ، وانشرت المكان بالالف رفعت ، واستعير ذلك للزيادة والنمو ، فقيل : أنشز الرضاع العظيم وأنبت اللحم .

أما حديث أبي هريرة رضي الله عنه فقد قال النووي : رواه أبو داود على شرط البخاري ومسلم بلفظ : لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاث ، فمن هجر فوق ثلاث فمات دخل النار ، وفي رواية عند أبي داود له أيضاً بلفظ : لا يحل لمؤمن أن يهجر مؤمناً فوق ثلاث ، فإن مرت به ثلاث فليلقه وليسلم عليه ، فإن رد عليه السلام فقد اشتركا في الأجر ، وإن لم يرد عليه فقد باء بالاثم وخرج المسلم من الهجرة .

قال أبو داود : إذا كانت الهجرة لله تعالى فليس من هذا في شيء ، وفي الصحيحين عن أنس بلفظ : لا تقاطعوا ولا تدابروا ولا تباغضوا ولا تحاسدوا وكونوا عباد الله إخواناً ، ولا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاث ، وفيهما عن أبي أيوب بلفظ : لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاث ليال يلتقيان فيعرض هذا ويعرض هذا ، وخيرهما الذي يبدأ بالسلام .

أما حديث جابر رضي الله عنه فقد أخرجه مسلم وأصحاب السنن ، وهو من حديث طويل في صفة حجة النبي صلى الله عليه وسلم وجزء من خطبة الوداع ، ورواه ابن ماجه والترمذي وصححه من حديث عمرو بن الأحوص أنه شهد حجة الوداع مع النبي صلى الله عليه وسلم فحمد الله وأثنى عليه ، وذكر ووعظ ثم قال : استوصوا بالنساء خيراً فانما هن عندكم عوان ليس تملكون منهن شيئاً غير ذلك إلا أن يأتين بفاحشة مبينة ، فإن فعلن فاهجروهن في المضاجع واضربوهن ضرباً غير مبرح ، فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً ، إن لكم على نسائكم حقاً ونسائكم عليكم حقاً ، فأما حقكم على نسائكم فلا يوطئن فرشكم من تسكرهن ولا يأذن في بيوتكم لمن تسكرهن إلا وحققن عليكم أن تحسنوا إليهن

في كسوتهم وطعامهم ، وقد أخرجه مسلم من حديث أبي هريرة بلفظ ، ولا يأذن في بيته إلا بإذنه ، وقد أخرج أحمد وابن جرير والنسائي وأبو داود وابن ماجه والحاكم وصححه والبيهقي عن معاوية بن حيدة القشيري أنه سأل النبي صلى الله عليه وسلم : ما حق المرأة على الزوج ؟ قال : أن تطعمها إذا طعمت ، وأن تكسوها إذا اكتسبت ، ولا تضرب الوجه ولا تمجر إلا في البيت ،

أما الأحكام فقد قال الشافعي رضي الله عنه : قال الله عز وجل ، واللاتي يخافون نشوزهن ، يحتمل إذا رأى الدلالات في إيغال المرأة وإقبالها على النشوز فكان للخوف موضع أن يعظها ، فإن أبدت نشوزاً هجرها . فإن أقامت عايه ضربها ، وذلك أن العظة مباحة قبل الفعل المكروه إذا رويت أسبابه ، وأن لا مؤنة فيها عليها كضربها ، وأن العظة غير محرمة من المرأة لآخيه فكيف لامرأته والهجرة لا تكون إلا بما يحل به الهجرة ، لأن الهجرة محرمة في غير هذا الموضع فوق ثلاث ، والضرب لا يكون إلا ببيان الفعل ، فالأية في العظة والهجرة والضرب على بيان الفعل تدل على أن حالات المرأة في اختلاف ما تعاقب فيه من العظة والهجرة والضرب مختلفة ، فإذا اختلفت فلا يشبه معناها إلا ما وصفت . وقال رحمه الله أيضاً : وقد يحتمل قوله ، تخافون نشوزهن ، إذا نشزن خفتم لجاجتهن في النشوز أن يكون لكم جمع العظة والهجرة والضرب (قال) وإذا رجعت الناشز عن النشوز لم يكن أزواجها هجرتها ولا ضربها ، لأنه إنما أبيحاً بالنشوز ، فإذا زابت له فقد زابت المعنى الذي أبيح له به .

قال الربيع : أخبرنا الشافعي قال : أخبرنا سفيان عن ابن شهاب عن عبد الله بن عبد الله بن عمر عن أبياس بن عبد الله بن أبي ذباب قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ، لا تضربوا إماء الله ، قال فأتاه عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال : يا رسول الله ذئر النساء على أزواجهن ، فأذن في ضربهن ، فأطاف بآل محمد عليه الصلاة والسلام نساء كثير كامن يشتكين أزواجهن ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : لقد أطاف الليلة بآل محمد نساء كثير أو قال سبعون امرأة كامن يشتكين فلا تجدون أولئك خياركم ،

قال الشافعي : لجعل لهم الضرب وجعل لهم العفو ، وأخبر أن الخيار ترك

الضرب اذا لم يكن لله عليها حد على الوالى أخذه ، وأجاز العفو عنها في غير حد
في الخير الذى تركت حفظها وعصت ربها . اهـ

اذا ثبت هـ هذا فإنه اذا ظهر من المرأة النشوز بقول أو فعل وعظما . فاما
النشوز بالقول فهو أن يكون من عادته اذا دعاها أجابته بالتلبية ، واذا خاطبها
أجابت خطابه بكلام جميل حسن ، ثم صارت بعد ذلك اذا دعاها لا تجيب بالتلبية
واذا خاطبها أو كلمها تخاشنه القول ، فهذه أمارات النشوز بالقول

وأما أمارات النشوز بالفعل فهو أن يكون من عادته اذا دعاها الى الفراش
أجابته ببشاشة وطلاقة وجه ، ثم صارت بعد ذلك متجممة منكروهة ، أو كان
من عاداتها اذا دخل اليها قامت له وخدمته ، ثم صارت لا تقوم له ولا تخدمه ،
فإذا ظهر له ذلك منها فإنه يعظما ولا يهجرها ولا يضربها ، هذا قول عامة أصحابنا
وقال الصيمرى : اذا ظهرت منها أمارات النشوز فله أن يجمع بين العظة
والهجران ، والاول هو المشهور ، لأنه يحتمل أن يكون هذا النشوز تفعله فيها
بعد ، ويحتمل أن يكون لضيق صدر من أولادها أو من جاراتها أو أقربائهن أو
نحو ذلك من شغل قلب أو قلق خاطر نشزت منه ، بأن دعاها فامتنعت منه ، فان
تكرر ذلك الامتناع منها فله أن يهجرها ، وله ان يضربها . والاصل فيه قول
الله تعالى : واللّٰتى تخافون نشوزهن فعظوهن واجروهن فى المضاجع
واضربوهن ، الآية

وان نشزت منه مرة واحدة فله ان يهجرها . وهل له ان يضربها ؟ فيه قولان
(أحدهما) ليس له أن يضربها . وبه قال أحمد . لأنها لا تستحق الا العقوبة
المساوية لفعلها . بدليل انها لا تستحق الهجران لخوف النشوز فكذلك لا تستحق
الضرب بالنشوز مرة واحدة . فعلى هذا يكون ترتيب الآية : واللّٰتى تخافون
نشوزهن فعظوهن واجروهن فى المضاجع اذا نشزن . واضربوهن اذا أصررن
على النشوز .

(والثانى) له ان يضربها . قال العمرانى وغيره : وهو الاصح . لقوله تعالى
: واللّٰتى تخافون ، الآية

فظاهر الآية ان له فعل الثلاثة الاشياء لخوف النشوز . فدل الدليل على انه

يضر بها ويهجرها عند خوف النشوز . وهذه الآية على ظاهرها إذا نشزت لأنها معصية يحل بها هجرانها وضربها كما لو تكررت منها النشوز

إذا ثبت هذا فالوعظة أن يقول لها : ما الذي منعك عما كنت آلفه من برك وما الذي غيرك ، اتقى الله وارجمي إلى طاعتي ، فإن حق واجب عليك ، ونحو ذلك من عبارات الوعظ ، وتذكيرها بما يعده الله للآثمين والآثمات من حساب يوم تتساوى الأقدام في القيام لله ، ويعلم كل امرئ ما قدمت يداه .

والهجران هو أن لا يضاجعها في فراش واحد لقوله تعالى : وهجر وهن في المضاجع ، ولا يهجر بالكلام ، فإن فعل لم يزد على ثلاثة أيام ، فإن زاد عليها أثم ، لما روى أن النبي (ص) نهى أن يهجر الرجل أخاه فوق ثلاثة أيام .

وأما الضرب فقال الشافعي : لا يضربها ضرباً مبرحاً لا مدمياً ولا مدمناً ويتقى الوجه . فالمرح الفـاحش الذي يخشى تلف النفس منه أو تلف عضو أو تشويهه ، والمدمى الذي يخرج فيخرج الدم ، والمدمن أن يوالى الضرب على موضع واحد . لأن القصد منه التأديب . ويتوقى الوجه لأنه موضع المحاسن ويتوقى المواضع المخوفة .

قال الشافعي : ولا يبلغ به حداً . ومن أصحابنا من قال : لا يبلغ به الأربعين لأنه حد الخمر ، ومنهم من قال لا يبلغ به العشرين لأنه حد العبد ؛ لأنه تعذير . وليس للرجل أن يضرب زوجته على غير النشوز بقذفها له أو لغيره ، لأن ذلك إلى الحاكم ، والفرق بينهما أن النشوز لا يمكن إقامة البينة عليه ، بخلاف سائر جنائباتها .

إذا ثبت هذا فإن النبي صلى الله عليه وسلم لم قال : لا تضربوا إماء الله . وروى عن عمر رضي الله عنه أنه قال : كنا معشر قريش لا يغلب نساؤنا رجالنا ، فقدمنا المدينة فوجدنا نساءهم يغلبن رجالهم ، فخطب نساؤنا نساءهم فزئرن على أزواجهن فأتيته النبي صلى الله عليه وسلم وقلت ذئر النساء على أزواجهن ، فأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم بضربهن . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لقد أطاف آل محمد سبعون امرأة كلهن تشتكين أزواجهن وما يجدون أولئك بخياركم ،

فإذا قلنا يجوز نسخ السنة بالكتاب فيحتمل أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم
نهى عن ضربهن ثم نسخ الكتاب السنة بقوله « واضربوهن » ثم أذن رسول الله
صلى الله عليه وسلم في ضربهن موافقة للكتاب ، غير أنه يجعل تركه أولى بقوله
وما يجدون أولئك بخياركم

وإن قلنا إن نسخ السنة لا يجوز بالكتاب احتمل أن يكون النهى عن ضربهن
متقدماً ثم نسخ النبي صلى الله عليه وسلم وأذن في ضربهن ثم ورد الكتاب للسنة
في ضربهن . ومعنى قوله « ذر النساء على أزوجهن » أى اجترأ أن عليهم .
قال الصيمرى : وقيل في قوله تعالى : وللرجال عليهن درجة سبعة تأويلات .

(أحدها) أن حل عقدة النكاح اليه

(الثانى) أن له ضربها عند نشوزها

(الثالث) أن عليها الإجابة إذا دعاها إلى فراشه ، وليس عليه ذلك

(الرابع) أن له منعها من الخروج ، وليس لها ذلك

(الخامس) أن ميراثه على الضعف من ميراثها

(السادس) أن لو قذفها كان له إسقاط حقها باللعان . وليس لها ذلك

(السابع) موضع الدرجة اشتراكها في لذة الوطء ، واختصاص الزوج بتحمل

مؤنة الصداق والنفقة والكسوة وغير ذلك اهـ

وعن عبد الله بن زمرة قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أ يضرب

أحدكم امرأته كما يضرب العبد ثم يجامعها في آخر اليوم ، أخرجه الشيخان

وقال العلامة صديق حسن خان « فى هذا دليل على أن الأولى ترك الضرب للنساء

فإن احتاج فلا يوالى بالضرب على موضع واحد من بدنهما ، وليتق الوجه لأنه يجمع

المحاسن ، ولا يبلغ بالضرب عشرة أسواط .

وقيل ينبغى أن يكون الضرب بالمنديل واليد ، ولا يضرب بالسوط والعصا

وبالجملة قالته خفيف بأبلغ شيء أولى فى هذا الباب

وبعد هذا لا يسأل الرجل الملتزم بالشرع عن ضرب امرأته لما أخرجه

أبو داود عن أبى هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا يسأل

الرجل فيما ضرب امرأته ،

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن ظهرت من الرجل أمارات النشوز لمرض بها أو كبر سن ورات أن تصالحه بترك بعض حقوقها من قسم وغيره جاز ، لقوله عز وجل : وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو أعراضاً فلا جناح عليهما أن يتصالحا بينهما صلحاً ، قالت عائشة رضي الله عنها : أنزل الله عز وجل هذه الآية في المرأة إذا دخلت في السن فتجعل يومها لامرأة أخرى ، فإن ادعى كل واحد منهما النشوز على الآخر أسكنهما الحاكم إلى جنب ثقة ليعرف الظالم منهما فيمنع من الظلم ، فإن باغا إلى الشتم والضرب بعث الحاكم حكيمين للإصلاح أو التفريق ، لقوله عز وجل : وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها ، إن يريدان إصلاحاً يوفق الله بينهما ، واختلف قوله في الحكمين فقال في أحد القولين : هما وكيلان فلا يملكان التفريق إلا باذنهما ، لأن الطلاق إلى الزوج ، وبذل المال إلى الزوجة فلا يجوز إلا باذنهما ، وقال في القول الآخر : هما حاكمان فلمهما أن يفعل ما يريدان من الجمع والتفريق ، بعوض وغير عوض ؛ لقوله عز وجل : فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها ، فسماهما حكيمين ، ولم يعتبر رضا الزوجين .

وروى عبيدة أن علياً رضي الله عنه بعث رجلين فقال لهما أتريان ما عليكما ، عليكما ، إن رأيتهما أن تجمعا جمعتما ، وإن رأيتهما أن تفرقا فرقتهما ، فقال الرجل : أما هذا فلا ، فقال كذبت لا والله ولا تبرح حتى ترضى بكتاب الله عز وجل لك وعليك ، فقالت المرأة : رضيت بكتاب الله لي وعلي ، ولأنه وقع الشقاق واشتبه الظالم منهما لجاز التفريق بينهما من غير رضاها ، قالوا قد فهموا وتلاعنا ، والمستحب أن يكون حكماً من أهله وحكماً من أهلها الآية ، ولأنه روى أنه وقع بين عقيل بن أبي طالب وبين زوجته شقاق ، وكانت من بني أمية ، فبعث عثمان رضي الله عنه حكماً من أهله وهو ابن عباس رضي الله عنه ، وحكماً من أهلها وهو معاوية رضي الله عنه ، ولأن الحكمين من أهلها اعرف بالحال ، وإن كان من غير أهلها جاز لأنهما في أحد القولين وكيلان وفي الآخر حاكمان ، وفي الجميع يجوز أن يكونا

من غير أهلها ، ويجب أن يكونا ذكراين عدلين لأنهما في أحد القولين حاكمان
وفي الآخر وكيلان ، إلا أنه يحتاج فيه إلى الرأي والنظر في الجمع والتفريق ،
ولا يكمل لذلك إلا ذكران عدلان ، فإن قلنا : إنهما حاكمان لم يجز أن يكونا إلا
فقيهين ، وإن قلنا : إنهما وكيلان جاز أن يكونا من العامة ، وإن غاب الزوجان
— فإن قلنا : إنهما وكيلان — نفذ تصرفهما كما ينفذ تصرف الوكيل مع غيبة
الموكل ، وإن قلنا : إنهما حاكمان لم ينفذ حكمهما ، لأن الحكم للغائب لا يجوز ،
وإن جازا لم ينفذ حكم الحكامين ، لأنهما في أحد القولين وكيلان . والوكالة تبطل
بجنون الموكل . وفي القول الآخر : حاكمان إلا أنهما يحكمان للشقاق وبالجنون
زال الشقاق .

(الشرح) في قوله تعالى : وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو أعراضاً ،
الآية . أخرج أحمد والبخاري ومسلم عن عائشة عليها السلام قالت : هي المرأة
تكون عند الرجل لا يستكثر منها فيريد طلاقها ويتزوج غيرها تقول له :
أمسكني ولا تطلقني ثم تزوج غيره وأنت في حل من النفقة على والقسم لي .
فذلك قوله تعالى : فلا جناح عليهما أن يصالحا بينهما صلحا والصلح خير ، وفي
رواية قالت : هو الرجل يرى من امرأته ما لا يعجبه كبراً أو غيره فيريد فراقها
ف يقول : أمسكني وأقسم لي ما شئت . قالت فلا بأس إذا تراضيا .

وأما قوله تعالى : وإن خفتن شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من
أهلها ، الآية . فإن أصل الشقاق أن كل واحد منهما يأخذ غير شق صاحبه ، أي
ناحية غير ناحيته ، وأضيف الشقاق إلى الظرف لإجرائه مجرى المفعول به .
كقوله تعالى : بل مكر الليل والنهار ، وقولهم : يا سارق الليلة أهل الدار ،
والخطاب للأمراء والحكام . والضمير في قوله بينهما للزوجين لأنه قد تقدم ذكر
ما يدل عليهما ، وهو ذكر الرجال والنساء .

أما أحكام الفصل : فإن ظهر من الزوج أمارات للنشوز بأن يكلمها بخشونة
بعد أن كان يلين لها في القول أو لا يستدعيها إلى الفراش كما كان يفعل إلى غير
ذلك . فلا بأس أن تترك له بعض حقها من النفقة والسكوة والقسم ، لتطيب

بذلك نفسه ، فإذا ظهر من الزوج النشوز بأن منعها ما يجب لها من نفقة وكسوة وقسم وغير ذلك أسكنها الحاكم إلى جنب ثقة عدل يستوفي لها حقها ، وإن ادعى كل واحد منهما على صاحبه النشوز بمنع ما يجب عليه أسكنها الحاكم إلى جنب ثقة لا يشرف عليهما : فإذا عرف الظالم منهما منعه من الظلم - هكذا أقاده العمراني وغيره ، فإذا تجاوز الأمر حده إلى التشاتم أو الضرب أو تمزيق الثياب بعث الحاكم حكيمين ليجمعهما بينهما أو يفرقا لقوله تعالى : وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ،

قال العلامة صديق حسن خان في نيل المرام : فابعثوا إلى الزوجين حكما يحكم بينهما من يصلح لذلك عقلا ودينا وإنصافا ، وإنما نص الله سبحانه على أن الحكيمين يكونا من أهل الزوجين لأنهما أقرب لمعرفة أحوالهما ، وإذا لم يوجد من أهل الزوجين من يصلح للحكم بينهما كان الحكيمان من غيرهم ، وهذا إذا أشكل أمرهما ولم يتبين من هو المسيء منهما : فأما إذا عرف المسيء فانه يؤخذ لصاحبه الحق منه ، وعلى الحكيمين أن يسعيا في إصلاح ذات البين جهدهما ، فان قدرا على ذلك عملا عليه ، وإن أعيأهما إصلاح حالهما ورأيا التفريق بينهما جاز لهما ذلك من دون أمر الحاكم ولا توكيل بالفرقة من الزوجين ، وبه قال مالك والأوزاعي وإسحاق ، وهو مروي عن عثمان وعلي وابن عباس والشعبي والنخعي ، وحكاه ابن كثير عن الجمهور ، قالوا : لأن الله تعالى قال : فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ، وهذا نص من الله على أنهما قاضيان لا وكيلان ولا شاهدان .

وقال الكوفيون وعطاء وابن زيد والحسن - وهو أحد قولي الشافعي - إن التفريق هو إلى الإمام أو الحاكم في البلد ، لا إليهما ، مالم يوكلاهما الزوجان أو يأمرهما الإمام والحاكم ، لأنهما رسولان شاهدان فليس إليهما التفريق ، ويرشد إلى هذا قوله تعالى : إن يريدان - أي الحكيمان - إصلاحا بين الزوجين يوفق الله بينهما ، أي يوقع الموافقة بين الزوجين حتى يعودا إلى الألفة وحسن العشرة والوئام ، ومعنى الإرادة خلوص نيتهما وصدق عزمهما لإصلاح ما بين

الزوجين ، وقيل : ان الضمير في قوله تعالى : يوفق الله بينهما ، للحكمين ، كما في قوله : ان يريد اصلاحا : أى يوفق الله بين الحكمين في اتحاد مقصودهما ، وقيل كلا الضميرين للزوجين ، أى ان يريد اصلاح ما بينهما من الشقاق أوقع الله تعالى بينهما الالة والوافق ، واذا اختلف الحكمان لم ينفذ حكمهما ، ولا يلزم قولهما بلا خلاف .

قال في البيان : وهل هما وكيلان من قبل الزوجين أو حاكم من قبل الحاكم فيه قولان (أحدهما) أنهما وكيلان من قبل الزوجين : وبه قال أبو حنيفة وأحمد لما روى عبيدة التلماني قال : جاء الى علي بن أبي طالب رجل وامرأة ومع كل واحد منهما قيام من الناس بغير جماعة ، فقال علي كرم الله وجهه : ابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ، ثم قال للحكمين : أتدريان ما عليكما ؟ ان رأيتهما أن نجما ، وان رأيتهما أن تفرقا ، فقالت المرأة : رضيت بكتاب الله لي وعلي ، وقال الرجل : أما الجمع فنعم ، وأما التفريق فلا ، فقال علي : كذبت لا والله لا تزوج حتى ترضى بكتاب الله لك وعليك فاعتبر رضاه ، ولأن الطلاق بيد الزوج ، وبذل العوض بيد المرأة ، فافتقر الى رضاها ، فعلى هذا لا بد أن يوكل كل واحد منهما الحاكم من قبله على الجمع أو التفريق (والثاني) أنهما حكمان من قبل الحاكم ، وبه قال مالك والأوزاعي والشافعي ، وهو الأشبه لقوله تعالى فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ، وهذا خطاب لغير الزوجين وسماهما الله تعالى حكمين ، فعلى هذا لا يفتقر الى رضى الزوجين اهـ .

إذا ثبت هذا : فان الحكمين يخلو كل واحد منهما بأحد الزوجين وينظر ما عنده ، ثم يجتمعا ويشتوران ، فان رأيا الجمع بينهما لم يتم الا بالحكمين ، وان رأيا التفريق بينهما - فان رأيا أن يفرقا فرفة بلا هوض أوقعها الحاكم من قبل الزوج ، وان رأيا أن يفرقا بينهما بعوض بذل الحاكم من قبلها العوض عليهما ، وأوقع الحاكم من قبل الزوج الفرقة . والمستحب أن يكونا من أهلها الآية . ولأنهما أعلم بباطن أمرهما . وان كانا من غير أهلها جاز ، لأن الحاكم والوكيل يصح أن يكون أجنبيا . ولا بد أن يكونا حرين مسلمين ذكراين - لأننا - ان قلنا انهما حاكم - فلا بد من هذه الشروط . وان قلنا انهما وكيلان الا انه

وكيل من قبل الحاكم فلا بد من أن يكون كاملاً . قال الشيخ أبو إسحاق الشيرازي
 فإن قلنا : إنهما حاكمان فلا بد أن يكونا فقيهين ، وإن قلنا : إنهما وكيلان ، جاز
 أن يكونا من العامة ، وإن غاب الزوجان أو أحدهما — فإن قلنا : إنهما وكيلان
 صح فعلهما ؛ لأن تصرف الوكيل يصح بغيبة الموكل ، وإن قلنا إنهما حاكمان لم
 يصح فعلهما . لأن الحكم لا يصح للغائب ، وإن صح الحكم عليه ، لأن كل واحد
 منهما محكوم له وعليه ، وإن جئنا أو أحدهما لم يصح فعلهما ، لأنه إن قلنا إنهما
 وكيلان بطلت وكالة من جن موكله ، وإن قلنا إنهما حاكمان ، فإنهما يحكمان
 للشقاق ، وبالجنون زال الشقاق ، وإن لم يرضيا أو أحدهما — فإن قلنا : إنهما
 حاكمان لم يعتبر رضاهما . وإن قلنا : إنهما وكيلان ولم يجبرا على الوكالة فينظر
 الحاكم فيها بدعيه كل منهما ، فإذا ثبت عنده استوفاه من الآخر . وإن كان لهما
 أو لأحدهما حق على الآخر من مهر أو دين لم يصح للحكمين المطالبة به إلا بالوكالة
 قولاً واحداً كالحاكم ، والله تعالى أعلم بالصواب وهو حسبتنا ونعم الوكيل .

تمَّ الجزء السادس عشر ويليه الجزء السابع عشر

- ٣ كتاب العتق : موقف الإسلام من الرق ١٣ باب المدبر وبيانه
 ٢٠ كتاب المكاتب ٢٣ باب ما يملكه المكاتب وما لا يملكه
 ٢٩ باب الاداء والعجز ٣٥ باب اختلاف المولى والمكاتب
 ٣٩ كتاب عتق أمهات الاولاد . باب الولاء
 ٤٩ كتاب الفرائض والمواريث وبيان أول ما يخرج من مال الميت
 ٥٣ بيان أسباب الارث ٥٧ لا يرث المسلم من الكافر ولا العكس
 ٥٨ ومن أسلم على ميراث لم يقسم لم يرث
 ٦٠ من قتل قتيلا فلا يرثه . المطلقة في مرض الموت هل ترث
 ٦٧ ان مات متوارثان بالفرق مثلا فما العمل ؟
 ٦٧ المفقود الذي لم يعلم موته ما العمل في ماله
 ٧٠ باب ميراث أهل الفرائض وبيانهم
 ٧٣ ميراث الجدة
 ٧٨ ميراث البنت اذا انفردت
 ٧٩ ميراث بنت الابن اذا انفردت
 ٨١ ميراث الاخت الشقيقة اذا انفردت
 ٨٢ ميراث الاب مع الابن
 ٨٤ ميراث الأقارب عند عدم الابناء
 ٨٧ حالات لا يرث فيها الأخ ٨٩ معنى الكلالة ٩١ ميراث الزوجات
 كبريات زوجة واحدة ٩٢ العول في الموارث وبيانه ٩٧ باب ميراث
 العصبية ٩٨ من هو الذي إذا انفرد أخذ جميع المال ١٠٠ العصبية
 وبيانها ١٠٢ إن نفى الرجل نسب ولده فلا يتوارثان . إن كان الوارث
 خنثى ومعناه ١٠٩ إن مات رجل وامراته حامل وله ورثة ما العمل ؟
 ١١٥ باب الجد والاختوة ١١٨ إن اجتمع مع الجد والاختوة من له فرض
 ١٢٠ الأكدرية ١٢٢ الخرقاء ١٢٥ كتاب النكاح . حكم النكاح

- ١٣٠ لا يصح النكاح إلا من جائز التصرف ١٣٢ المستحب أن يتزوج من ذات دين . لمن أراد أن يتزوج أن ينظر إلى وجهها وكفيمها ١٣٧ يجوز للرجل أن يتزوج أربع نسوة ١٣٩ المرأة أن تنظر إلى خاطبها
- ١٤٢ خصائص النبي في النكاح وغيره ١٤٦ باب ما يصح به النكاح . الولي ١٥٤ لا تتوكل في قبول النكاح في إيجابه لا يجوز للابن أن يتزوج أمه ولا يجوز أن يكون الولي صغيراً ١٦٥ يجوز للأب والجد أن يتزوج البكر من غير رضاها ١٧٢ إذا كان ولي المرأة ممن يجوز له أن يتزوجها كابن عم لم يجوز أن يتزوجها من نفسه ١٧٨ ولا يجوز للولي أن يتزوج المنكوحة من غير كفء إلا برضاها ، وإن أرادت المرأة أن تتزوج من غير كفء لم يلزم الولي إجابتها ١٨٢ الكفاءة في الدين والنسب و . .
- ١٩٠ أن كان للمرأة وليان فزوجها كل واحد منهما من رجل ما العمل ١٩٦ الأمراض التي لا يجوز أن يتزوج صاحبها . لا يجوز النكاح إلا بشاهدين ٢٠٢ ولا يصح إلا على زوجين معينين . نص الخطبة التي تقال قبل العقد ٢٠٩ ولا يصح العقد إلا باللفظ . التزويج أو الانكاح إذا تم العقد لازم ولبس له خيار ٢١٣ باب ما يحرم من النكاح وما لا يحرم . من ارتد عن الدين لم يصح نكاحه ولا نكاح الحنثي . ويحرم على الرجل من جهة النسب الأم والبنات والأخت و . . ٢١٦ ويحرم عليه من جهة المصاهرة أم المرأة و . .
- ٢١٩ وإن زنى بامرأة لم تحرم عليه ٢٢٣ ويحرم عليه أن يجمع بين أختين ويحرم عليه أن يجمع بين المرأة وعمتها أو بين المرأة وخالتها ٢٢٨ ما حرم بالقرابة حرم بالرضاع ٢٣٢ يحرم على المسلم نكاح عبدة الاوثان والمرتدة ٢٣٣ يحل نكاح اليهود والنصارى ٢٣٥ الخلاف في نكاح السامرة والصابئين ومن هم ٢٣٨ ويحرم على العبد نكاح مولاه ٢٤٠ ولا يحل نكاح المعتدة من غيره ٢٤٢ ولا يحل للرجل أن يتزوج بأكثر من أربع نسوة ٢٤٤ المذاهب القائلة بجواز نكاح تسع نسوة ٢٤٥ ولا يجوز نكاح الشغار وما هو ٢٤٩ ولا يجوز نكاح المتعة ولا يجوز المحلل . إن تزوج بشرط الخيار بطل العقد

- ٢٥٦ ويجوز التعريض بخطبة المعتدة عن الوفاة والمطلقة ثلاثا ويحرم التصريح
- ٢٦٠ تحريم الخطبة على خطبة الغير ٢٦٥ باب الخيار في النكاح والرد بالعيب
- وبيان العيوب التي يجوز فسخ النكاح لها ٢٧٢ الخيار في هذه العيوب
- على الفور ، ان فسخ قبل الدخول سقط المهر . وان حدث بالزوج عيب
- ورضيت به المرأة لم يجبرها وليها على الفسخ
- ٢٧٧ إذا ادعت المرأة على الزوج انه عنين وأنكر الزوج ٢٨١ ان ادعى الزوج
- انه وطئها فأنكرت . ان تزوج رجل بامرأة تعلم انه عنين
- ٢٨٤ ان وجدت المرأة زوجها مجبوا ثبت لها الخيار في الحال
- ٢٨٥ اذا تزوجت امرأة رجلا على انه على صفة فخرج بخلافها
- ٢٨٨ ان كان الفرر من جهة المرأة ٢٩٥ باب نكاح المشرک اذا أسلم الزوجان
- المشركان هل يقران على نكاحهما ، وان أسلم أحدهما ما العمل
- ٣٠٨ ان أسلم وتحنه امرأة وعمتها مثلا وأسلمتا معه اختار أحدهما وفارق الأخرى
- ٣١٤ اذا ارتد الزوجان أو أحدهما وقعت الفرقة ٣١٨ اذا أسلم الوثنيان قبل
- الدخول ثم اختلفا في وقت اسلامهما ٣٢٢ كتاب الصداق ، المستحب
- أن لا يعقد النكاح الا بصداق ولو قليل ٣٢٧ لو تواعدوا سرا على أن
- الصداق عشرة ويظهرون للناس انه مائة
- ٣٢٨ يجوز أن يكون الصداق عينا أو دينا ، حالا أو مؤجلا
- ٣٣١ يجوز أن يكون الصداق تعليم بعض القرآن
- ٣٣٢ ان تزوج كافر بكافرة على صداق محرم كالخنز ثم أسلما أو تحاكما اليينا
- ٣٣٥ ويثبت في الصداق خيار الرد بالعيب ٣٣٩ وتملك المرأة الصداق
- ٣٤٥ ويستقر الصداق بالوطء في الفرج ٣٤٧ ان مات أحد الزوجين قبل
- الدخول استقر لها المهر ٣٥٠ ان قتلت المرأة نفسها قبل الدخول هل
- لها المهر ٣٥٥ اذا طلق الرجل امرأة قبل الدخول يرجع عليها بنصف
- المهر ٣٦٤ جوار العفو عن نصف المهر ٣٧٠ المرأة المسكوت عن
- مهرها في العقد لها مهر المثل ٣٧٥ ويعتبر مهر المثل بمهر عائلتها

- ٣٧٧ اذا أعسر الرجل بالمهر
- ٣٨٠ باب اختلاف الزوجين في الصداق وقدره ٣٨٣ اختلافهما في قبض المهر
وان اختلفا في الوطء ٣٨٦ باب متعة الطلاق
- ٣٩١ قدر المتعة ٣٩٢ باب الوليمة والنثر ، وهل وليمة العرس واجبة
- ٣٩٦ هل تجب اجابة الدعوة الى الطعام
- ٣٩٨ وهل تجب الى وليمة السكتاني ٤٠٢ وهل تجب الى وليمة فيهما دف
- ٤٠٦ باب عشرة النساء والقسم . اذا تزوج امرأة وجب تسليمها بالعقد
- ٤١١ وللزوج منع زوجته من الخروج الى المسجد وغيره
- ٤١٦ ولا يجوز وطئها في الدبر
- ٤١٩ ويكره العزل . بيان ما يجب للرجل على المرأة وللراة على الرجل
- ٤٢٥ هل خدمة البيت واجبة على المرأة وجوب القسم بين الزوجات
- ٤٣٦ اذا تزوج وعنده زوجات قطع الدور للجديدة
- ٤٤٥ باب النشوز . اذا ظهرت من المرأة امارات النشوز وعظما
- ٤٥١ اذا ظهرت من الرجل امارات النشوز